



Schweizer Recht bricht Völkerrecht?

Szenarien eines Konfliktes mit dem Europarat im Falle eines beanspruchten Vorranges des Landesrechts vor der EMRK

Studie im Auftrag des Vereins „Menschenrechte schützen“ und z.Hd. der Arbeitsgruppe „Dialog EMRK“

Walter Kälin

Stefan Schlegel

Bern, April 2014

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, 3012 Bern

Telefon +41 31 631 86 51, skmr@skmr.unibe.ch

AUTORENVERZEICHNIS

Walter Kälin

Ordinarius für Staats– und Völkerrecht an der Universität Bern, Direktor des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR)

Stefan Schlegel

Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Öffentliches Recht der Universität Bern

Diese Studie gibt die Meinung der Autoren wieder und bindet nur das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	V
Zusammenfassung	1
I. Auftrag	4
II. Ausgangslage	5
1. Politischer Druck auf die EMRK im Zuge einer Diskussion über den Rang des Völkerrechts	5
2. Vorstösse im Parlament	5
2.1. Vorstösse zum Verhältnis der Schweiz zur EMRK	5
2.2. Vorstösse zum Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht	7
2.2.1. Vorstösse zum Verhältnis Völkerrecht-Landesrecht allgemein	7
2.2.2. Vorstösse zur Regelung des Verhältnisses zwischen Bundesgesetzen und Staatsverträgen	8
2.2.3. Vorstösse zur Regelung des Verhältnisses zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht	9
2.3. Vorstösse zur Kündigung völkerrechtlicher Abkommen	9
3. Internationale Ausgangslage: Opposition gegen die Verbindlichkeit der EMRK in anderen Mitgliedsstaaten	10
3.1. Vereinigtes Königreich	11
3.2. Niederlanden	11
3.3. Russland	12
3.4. Fazit	13
4. Zusammenfassung der Ausgangslage	13
III. Zum Konfliktpotential des expliziten Vorrangs des Landesrechts vor der EMRK	14
1. Übersicht der Situation in anderen Mitgliedsstaaten	15
2. Besonderheiten der Situation in der Schweiz	20
3. Auswege zur Reduktion des Konfliktpotentials	22
IV. Mögliche Eskalationsstufen im Konflikt mit den Institutionen des Europarates	22
1. Überblick	22
2. Reaktionsmöglichkeiten des EGMR	24
2.1. Verlust des Status einer wirksamen Vorinstanz	24
2.2. Das Szenario eines Piloturteils	25
3. Reaktionsmöglichkeiten des Ministerkomitees	26
3.1. Erneute Befassung des Gerichtshofes durch das Ministerkomitee	27
3.2. Modalitäten der Überwachung durch das Ministerkomitee	28
3.2.1. Grundsätze	28
3.2.2. Mögliche Schwierigkeiten für die Schweiz	28
3.3. Massnahmen nach Art. 8 der Satzung des Europarates	30
4. Reaktionsmöglichkeiten der Parlamentarischen Versammlung des Europarates	31
5. Reaktionsmöglichkeiten des Generalsekretärs oder der Generalsekretärin	34
6. Reaktionsmöglichkeiten des Menschenrechtskommissars oder der Menschenrechtskommissarin	35
7. Reaktionsmöglichkeiten einzelner Mitgliedsstaaten: Das Szenario von Staatenbeschwerden gegen die Schweiz gemäss Art. 33 EMRK	35
V. Konsequenzen, welche die Schweiz ziehen könnte	36
1. Austritt	36
2. Austritt und Wiederbeitritt	37
2.1. Verstoss gegen das Prinzip von Treu und Glauben	38
2.2. Die Schwierigkeit, einen rechtsgenügenden Vorbehalt zu formulieren	39

VI. Fazit und Empfehlungen	40
Quellenverzeichnis.....	44
Literatur.....	44
Material	46

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AB N	Amtliches Bulletin Nationalrat
AB S	Amtliches Bulletin Ständerat
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BBl	Bundesblatt
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	The European Journal of International Law
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten), SR 0.101.
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FK	Fakultativprotokoll
Fn.	Fussnote
GG	Grundgesetz (der Bundesrepublik Deutschland) vom 23. Mai 1949
HRA	Human Rights Act (des Vereinigten Königreichs) vom 9. November 1998
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	Im Sinne von
lit.	littera / Buchstabe
m.w.H	mit weiteren Hinweisen
Nr.	Nummer
PI	Parlamentarische Initiative
Rz.	Randziffer
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
S.	Seite
s.	Siehe
sog.	sogenannt
UK	United Kingdom

UCL	University College London
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention (Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969), SR 0.111
VerfO	Verfahrensordnung (des EGMR)
VgT	Verein gegen Tierfabriken
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
Ziff.	Ziffer
ZP	Zusatzprotokoll
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

ZUSAMMENFASSUNG

Die Studie im Auftrag des Vereins „Menschenrechte schützen“ und z.Hd. der Arbeitsgruppe „Dialog EMRK“ behandelt die Frage, von welcher Entwicklung in der Beziehung zwischen der Schweiz und dem Europarat auszugehen wäre, wenn in der Schweiz eine Rechtslage geschaffen würde, die es verunmöglichen würde, in gewissen Fällen Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) weiterhin innerstaatlich umzusetzen.

Eine Reihe momentan hängiger parlamentarischer Vorstösse möchte dem Völkerrecht im Allgemeinen oder der EMRK im Besonderen innerstaatlich einen Rang unterhalb der Bundesverfassung einräumen und damit erreichen, dass Bundesrecht, welches der EMRK widerspricht, der Konvention vorgeht. Dies würde zwar eine seit Gründung des Bundesstaates verfolgte Tradition, Völkerrecht im Konfliktfall Vorrang einzuräumen, aufgeben, aber Versuchen in einzelnen Staaten (z.B. den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich) entsprechen, die Legitimität und den Wert des Systems zum Schutz der Menschenrechte des Europarates in Frage zu stellen. Angesichts dieser Debatten müsste mit klaren und scharfen Reaktionen des Europarates gerechnet werden, wenn die Schweiz mit einer (verfassungsrechtlichen) Herabstufung der EMRK ein negatives Beispiel setzen würde.

Zwar würde eine Herabstufung des Rangs der EMRK nicht bedeuten, dass die Schweiz generell Urteile des EGMR nicht mehr umsetzen könnte. Dies wäre weiterhin möglich, wo das schweizerische Recht der EMRK entspricht, die Verletzung aber im Anwendungsakt liegt, oder das EMRK-widrige Recht auf kantonaler und kommunaler Ebene verankert ist. Vor allem in Sachbereichen, in welchen auf dem Weg der Volksinitiative EMRK-widriges Bundesrecht geschaffen wird, könnten das Bundesgericht und andere relevanten Behörden negative Entscheide des EGMR aber künftig weder verhindern noch innerstaatlich umsetzen. Dadurch entstünde ein Konfliktpotential mit dem Europarat, das wesentlich grösser ist als in anderen Mitgliedsstaaten, in denen die EMRK einen Rang unterhalb der Verfassung einnimmt. Das liegt einerseits daran, dass die Schweiz nicht über eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen verfügt, was verunmöglicht, EMRK-widriger Gesetzgebung auf dem „Umweg“ der Feststellung der Verfassungswidrigkeit die Anwendung zu versagen. Andererseits ermöglicht das Initiativrecht, jederzeit EMRK-widriges Verfassungsrecht zu schaffen, während in den anderen Europaratsstaaten Verletzungen der EMRK auf der Ebene der Verfassung äusserst selten sind.

Um den Verlauf der Auseinandersetzung zwischen der Schweiz und dem Europarat abschätzen zu können, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich die Überwachung der Umsetzung von EGMR-Entscheiden in den letzten Jahren verändert hat. Nebst dem Ministerkomitee, das ursprünglich ausschliesslich zuständig war, hat zunehmend auch die Parlamentarische Versammlung Aufgaben im Monitoring der Umsetzung übernommen und Möglichkeiten entwickelt, Druck auf Mitgliedsstaaten auszuüben, die Urteile nicht oder verspätet umsetzen. Der Gerichtshof selber hat das Piloturteils-Verfahren entwickelt, mit dem er auf systembedingte Mängel hinweisen und klare inhaltliche und zeitliche Vorgaben machen kann, wie diese behoben werden sollen. Durch das 14. ZP hat er die Möglichkeit erhalten, sich erneut mit Fällen zu befassen, in denen das Ministerkomitee davon ausgeht, dass vorangehende Urteile ungenügend umgesetzt worden sind (Art. 46 EMRK). Bei einer langfristigen Weigerung der Schweiz, die Rechtslage rückgängig zu machen, die eine Umsetzung von EGMR-Urteilen verunmöglicht, scheint es nur schwer vorstellbar, dass sie einem solchen sog. *infringement procedure* entgehen könnte, indem das Ministerkomitee den Gerichtshof erneut befasst.

Nebst diesen Institutionen können der Generalsekretär oder die Generalsekretärin und der Menschenrechtskommissar oder die Menschenrechtskommissarin sowie – mit dem Mittel der Staatenbeschwerden – die übrigen Mitgliedsstaaten ebenfalls Druck auf die Schweiz ausüben. Im Unterschied zur Überwachung der Umsetzung von Urteilen ist für diese Form von Druck nicht notwendig, dass bereits Urteile vorliegen, deren Umsetzung nicht möglich ist. Es genügt, dass eine Rechtslage besteht, die es absehbar macht, dass die Schweiz ihren Verpflichtungen unter der EMRK in wichtigen Bereichen nicht nachkommen können.

Auch wenn es schwierig ist, den Verlauf der Eskalation in der Beziehung zum Europarat abzuschätzen, so kann festgehalten werden, dass das Ministerkomitee, der Gerichtshof und die Parlamentarische Versammlung es nicht zulassen, dass ein Konflikt einfach gärt oder mit der Zeit vergessen geht. Alle mit der Umsetzung von Urteilen befassten Institutionen schaffen einen kontinuierlichen und steigenden Druck auf die Staaten, welche der EMRK in gewissen Fällen die Anwendung versagen.

Letztlich würde die Schweiz durch eine hartnäckige und andauernde Nichtumsetzung gewisser Kategorien von EGMR-Urteilen an sich die Voraussetzungen gemäss Art. 8 der Satzung des Europarates erfüllen, ihr Vertretungsrecht zu sistieren, sie zum Austritt aus dem Europarat aufzufordern und sie zuletzt auszuschliessen. Derart drastische Massnahmen sind bisher noch nie ergriffen worden. Allerdings hat die Parlamentarische Versammlung dies vom Ministerkomitee schon eingefordert. Stimm- und Teilnahmerechte nationaler Delegationen in der Versammlung sistiert oder eingeschränkt hat die Parlamentarische Versammlung allerdings erst in den folgenden vier Fällen: Griechenland (das darauf selber aus dem Europarat austrat) nach dem Militärputsch der Obristen, die Türkei nach dem Militärputsch von 1980, Russland wegen dessen Tschetschenien-Politik (2000-2001) und nun erneut Russland auf Grund seiner Annexion der Krim (2014).

Eine Rückstufung des Rangs der EMRK in der Schweiz lässt sich bezüglich Ernsthaftigkeit mit solchen Fällen nicht vergleichen. Die Wahrscheinlichkeit von Massnahmen gemäss Art. 8 der Satzung ist also nicht als besonders gross einzuschätzen. Das schliesst aber nicht aus, dass der Europarat mit Massnahmen unterhalb dieser Schwelle starken Druck auf die Schweiz ausüben würde. Darauf deuten etwa die stärkere Befassung der Parlamentarischen Versammlung mit der Umsetzung von Urteilen hin und ihre Bereitschaft, das Ministerkomitee zu weitgehenden Massnahmen gegen säumige Staaten anzuhalten. Insbesondere ist nicht davon auszugehen, dass die Schwere der Menschenrechtsverletzungen, die auf Grund einer Änderung der Rangordnung in der Schweiz entstehen würden, einen Einfluss darauf hätte, wie entschieden der Europarat Massnahmen gegen die Schweiz ergreifen würde.

Würde die Schweiz im Landesrecht Bestimmungen aufnehmen, die es ihr nicht mehr erlaubten, die EMRK in allen Teilen anzuwenden und alle Urteile des EGMR umzusetzen, so hätte sie drei Optionen: Diese Rechtslage wieder rückgängig zu machen; eine Rechtsprechung im Landesrecht zu entwickeln, die es dennoch ermöglicht, die EMRK anzuwenden und EGMR-Urteile umzusetzen; oder aus dem Europarat auszutreten. Nicht zielführend ist insbesondere die Idee, die EMRK zu kündigen und ihr mit einem Vorbehalt erneut beizutreten. Sie müsste einerseits am Gebot von Treu und Glauben scheitern, andererseits an der Unmöglichkeit, einen Vorbehalt zur EMRK zu formulieren, der zwar die angestrebte Unverbindlichkeit der Konvention in einem bestimmten Bereich sichert, gleichzeitig aber den Anforderungen an die Bestimmtheit eines Vorbehaltes gemäss Art. 57 Abs. 1 EMRK genügt.

Die Kündigung der Konvention durch die Schweiz würde den Konflikt mit dem Europarat nicht berechenbarer machen, sondern verschärfen und die Wahrscheinlichkeit deutlich erhöhen, dass die Schweiz aus dem Europarat ausgeschlossen wird.

Es erscheint daher empfehlenswert, von zwei einfachen Alternativen auszugehen: Entweder die Schweiz will Mitglied des Europarates bleiben, dann besteht kein Raum dafür, die Verbindlichkeit der EMRK ganz oder in Teilen zu relativieren. Oder die Schweiz will durch die EMRK oder Teile davon nicht mehr gebunden sein, dann besteht auch kein Raum für eine weitere Mitgliedschaft im Europarat. Jede denkbare Zwischenlösung hätte einen langwierigen und fruchtlosen Konflikt zur Folge, der sowohl das Ansehen und die Glaubwürdigkeit der Schweiz als auch die Schutzwirkung des Systems zum Schutz der Menschenrechte des Europarates in Mitleidenschaft ziehen würde. Der Verlauf dieses Machtkampfs kann zwar nur schwer abgeschätzt werden. Sein Resultat wird aber voraussichtlich die eine oder die andere der beiden dargestellten Alternativen sein: Volle Verbindlichkeit der EMRK oder vollständiges Ausscheiden aus dem Europarat.

Wenn ein Austritt aus dem Europarat nicht in Erwägung gezogen werden soll, dann ist die einzige kohärente Lösung für die Zukunft, Verständnis dafür zu schaffen, dass die EMRK auch den obersten Rechtssetzungsorganen Grenzen setzt.

I. AUFTRAG

Die Studie im Auftrag des Vereins „Menschenrechte schützen“ und z.Hd der Arbeitsgruppe „Dialog EMRK“ soll die Frage beantworten, von welcher Entwicklung in der Beziehung zwischen der Schweiz und dem Europarat auszugehen wäre, wenn die Schweiz den Vorrang des schweizerischen Landesrechts vor dem Völkerrecht im Allgemeinen und vor der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)¹ im Besonderen verankern würde und deshalb die EMRK nicht mehr gegen entgegenstehendes Landesrecht durchgesetzt werden könnte. Es geht darum, die Palette der Handhaben aufzuzeigen, die dem Europarat zur Verfügung stehen, um Verletzungen der EMRK im Gefolge eines solchen Vorrangs zu sanktionieren. Auch die Grenzen dieser Handhaben sollen aufgezeigt werden.

Während sich die Studie auftragsgemäss auf Fälle eines Konflikts zwischen schweizerischem Landesrecht und EMRK beschränkt, ist bereits eingangs zu erwähnen, dass bei Einführung eines solchen Vorrangs die Geltung der EMRK auf Bundesebene zwar nicht mehr ausnahmslos sichergestellt werden kann, die möglichen Konflikte aber nicht flächendeckend sind. Trotz eines allfälligen Vorrangs des Landesrechts käme es zu keinen Konflikten, wo:

- Bundesrecht – wie im Bereich der allermeisten Grundrechtsgarantien der BV – der EMRK nicht widerspricht, sondern inhaltlich mit ihr weitgehend identisch ist oder gar besseren Schutz gewährt; oder
- kantonales und kommunales Recht zwar der EMRK widerspricht, aber im Konfliktfall derogiert wird, weil die EMRK am Vorrang des Bundesrechts teilhat und damit auch weiterhin gegenüber jeglichem Recht unterhalb der Stufe des Bundes durchgesetzt werden kann;
- Bundesrecht zwar EMRK-widrig ist, im konkreten Anwendungsfall ein Eingriff aber nicht auf die EMRK-widrige Norm, sondern auf EMRK-konforme Gründe abgestützt wird (z.B. Verweigerung einer Baubewilligung für ein Minarett aus rein bau- und planungsrechtlichen Gründen); sich die Beschränkung als EMRK-konform erweist (z.B. im Fall eines verhältnismässigen Eingriffs in den Anspruch auf Schutz der Familie bei der Ausschaffung eines straffälligen Ausländers); oder die EMRK gar nicht berührt wird, weil der Eingriff von ihrem Schutzbereich nicht erfasst wird (z.B. Ausschaffung eines straffälligen Ausländers ohne familiäre und andere enge Beziehungen zur Schweiz).

Insofern würde der Verankerung von Regeln, welche dem Landesrecht Vorrang vor der EMRK einräumen würden, nur beschränkte praktische Bedeutung zukommen. Dies würde aber nichts daran ändern, dass in echten Konfliktfällen schweizerische Behörden systematisch und ausnahmslos zur Verletzung der EMRK gezwungen wären, und dies Reaktionen des Europarates auslösen müsste.

¹ SR 0.101.

II. AUSGANGSLAGE

1. Politischer Druck auf die EMRK im Zuge einer Diskussion über den Rang des Völkerrechts

In den vergangenen Jahren ist die EMRK in der Schweiz – wie auch in anderen Mitgliedsstaaten des Europarates² – verstärkt ein Politikum geworden. Nachdem 1988 das *Postulat Danioth*, das den Bundesrat aufforderte, eine Kündigung der EMRK zu prüfen, im Ständerat knapp gescheitert war,³ schien ihre Geltung längere Zeit nicht mehr umstritten. Seit rund einem Jahrzehnt – etwa seit der Annahme der Volksinitiative „Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter“ (Art. 123a BV) am 8. Februar 2004 – wird aber die EMRK zunehmend als spürbares Hindernis für die Umsetzung von insbesondere mittels Volksinitiativen in der Verfassung verankerten Bestimmungen gesehen. Die EMRK ist in der Folge stärker in die politische Diskussion gerückt.⁴ Gleichzeitig ist ganz allgemein über das Verhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht eine breite Debatte entstanden⁵ und eine Klärung dieses Verhältnisses zu einem politischen Anliegen geworden.

Vor diesem Hintergrund ist es im Parlament zu einer Häufung von Vorstössen gekommen, die das Verhältnis von Landesrecht zu Völkerrecht im Allgemeinen und zur EMRK im Besonderen thematisieren und teilweise grundlegend in Frage stellen.

2. Vorstösse im Parlament

Die Vorstösse zum Thema lassen sich grob in drei Gruppen aufteilen: (1) Solche, die spezifisch das Verhältnis der Schweiz zur EMRK zum Thema haben; (2) solche, die das Verhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht allgemein klären oder ändern wollen; und (3) solche, die sich auf die Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen richten und damit als ein mögliches Vorbild angesehen werden können für einen parlamentarischen Vorstoss mit dem Ziel, die EMRK zu kündigen.

2.1. Vorstösse zum Verhältnis der Schweiz zur EMRK

Zum Verhältnis der Schweiz zur EMRK liegt insbesondere eine *Interpellation der FDP-Liberale Fraktion* vor (Interpellation 13.3779 vom 24. September 2013). Der Bundesrat wird darin ersucht, die Fragen zu beantworten, ob er eine Reform des EGMR ebenfalls für notwendig halte und was der Bundesrat im Anschluss an die Erklärung von Interlaken zu tun gedenke. Die Interpellation erfragt insbesondere, ob auch der Bundesrat eine Reform des Gerichtshofes anstreben möchte, mit der ein neues Unzulässigkeitskriterium für Fälle eingeführt werden solle, in denen kein bedeutender Schaden vorliege und ob er ebenfalls die „Doktrin des Ermessensspielraum von Vertragsstaaten“ sowie das Prinzip, dass der Gerichtshof „keine vierte Gerichtsinstanz“ sei, in der Konvention verankert haben möchte. Ausserdem wird der Bundesrat gefragt, ob er die

² Vgl. hinten, II.3.

³ AB SR 1988, S. 554.

⁴ Zur Geschichte der Ratifikation der EMRK und zur seitherigen Kritik in der Schweiz vgl. KREIS 2013, insbes. S. 69 ff.

⁵ EPINEY 2013b, Rz. 1; EPINEY 2013a, Rz. 1. Vgl. auch den Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, BBl 2010 2263.

Einführung eines neuen Eintretenskriteriums in Erwägung ziehe, wonach es für das Eintreten auf eine Beschwerde ein qualifiziertes Mehr brauche.

Zur Begründung führt die FDP-Liberalen-Fraktion an, der EGMR habe sich im Laufe der Zeit so entwickelt, dass er sich mit „rein innerstaatlichen Angelegenheiten“ beschäftige und sich in die „Detailregelung der Gesetzgebung der Vertragsstaaten“ einmische, statt sich auf die „offensichtliche Verletzung grundlegender Menschenrechte“ zu konzentrieren.

Der Bundesrat weist in seiner Antwort darauf hin, dass eine Reihe der Anliegen der Interpellation bereits durch das Inkrafttreten des 14. ZP zur EMRK und die Verabschiedung des 15. ZP, das zur Unterzeichnung aufliegt, umgesetzt worden sind. Die Einführung eines Annahmeverfahrens mit qualifizierten Mehrheiten sei in der Vergangenheit mehrfach diskutiert worden,⁶ aber nie mehrheitsfähig gewesen.

Eine bereits erledigte *Parlamentarische Initiative der SVP-Fraktion* („Kein Eingriff in die gerichtliche Eigenständigkeit der Schweiz“, 12.435 vom 29. Mai 2012) verlangte die Streichung des Art. 122 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG)⁷. In der Begründung heisst es dazu, die „Urteile der Strassburger Organe geben lediglich die Meinung jener Richter wieder“ und mit einer allfälligen formellen Verurteilung der Schweiz müsse es sein Bewenden haben. Der Nationalrat entschied am 10. September 2013, der Initiative keine Folge zu geben.

In einer *Interpellation von Toni Brunner* („Kündigung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten“, 13.3237 vom 22. März 2013) wird unter anderem die Frage aufgeworfen, was die Nachteile einer allfälligen Kündigung der EMRK durch die Schweiz wären. In der Antwort verwahrt sich der Bundesrat gegen den in der Interpellation vermittelten Eindruck, der EGMR entscheide zunehmend ausserhalb seines Zuständigkeitsbereichs. Ausserdem stellt der Bundesrat klar, dass eine Kündigung der EMRK aus seiner Sicht politisch und juristisch nicht in Frage komme und mit einem zwingenden Ausscheiden aus dem Europarat verbunden wäre. Die Kündigung hätte gravierende Auswirkungen auf die politische Glaubwürdigkeit des Landes. Ausserdem würden auch bei einer Kündigung die Grundrechte der Bundesverfassung und andere völkerrechtliche Verpflichtungen Gültigkeit behalten, die mit der Schutzwirkung der EMRK weitgehend deckungsgleich seien.⁸

Eine *Motion von Christa Markwalder* („40 Jahre Ratifikation der EMRK“, 13.3890 vom 26. September 2013) verlangt, dass das Jubiläum der Geltung der EMRK in der Schweiz gebührend und öffentlichkeitswirksam gefeiert werde. Der Bundesrat beantragt die Annahme der Motion obwohl er darauf hinweist, dass Jubiläen durch den Bund nur sehr zurückhaltend begangen werden. Das Jubiläum werde auch Gelegenheit bieten, sich kritisch mit der Konvention auseinanderzusetzen und die künftige Entwicklung zu reflektieren. Die Motion ist bekämpft und ihre Behandlung im Plenum ist verschoben worden.

Das *Postulat „40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz – Erfahrungen und Perspektiven“* (Postulat 13.4187 vom 12. Dezember 2013) von *Hans Stöckli* verlangt vom Bundesrat aus Anlass der 40-jährigen Mitgliedschaft einen „substantiellen Bericht über die Erfahrungen und Perspektiven“ im

⁶ Der Bundesrat verweist hier auf die Erklärung der High-Level Konferenz von Brighton am 19. und 20. April 2012.

⁷ SR 173.110. Diese Bestimmung anerkennt das Vorliegen eines für die Schweiz negativen Urteils des EGMR unter gewissen Umständen als Grund an, den vorangehenden Bundesgerichtsentscheid in Revision zu ziehen.

⁸ Vgl. eine weitere Interpellation von Peter Keller („Fremdes Recht vor Schweizer Recht?“), 13.4174 vom 12. Dezember 2013.

Zusammenhang mit der EMRK. Insbesondere soll die Frage beantwortet werden, ob die EMRK nachträglich dem obligatorischen Referendum unterstellt werden sollte und wie vorgegangen werden müsste, um die EMRK zu kündigen, was die Folgen davon wären und ob die Schweiz erneut beitreten und dabei einen Vorbehalt anbringen könnte. Der Bundesrat beantragt die Annahme des Postulates.

2.2. Vorstösse zum Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht

2.2.1. Vorstösse zum Verhältnis Völkerrecht-Landesrecht allgemein

Allgemein das Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht im Blick hat die *Parlamentarische Initiative von Gregor A. Rutz* „Rechtsangleichung durch die Bundesbehörden – Einhaltung demokratischer Abläufe“ (Parlamentarische Initiative 13.456 vom 27. September 2013). Sie möchte einen Art. 147a BV schaffen, der vorschreibt, dass „[d]ie Angleichung von Landesrecht oder die Angleichung der Auslegung völkerrechtlicher Verträge (...) an Völkerrecht, ausländisches Recht oder an Normen und Bekanntmachungen ausländischer oder internationaler Behörden oder Organisationen (...) in der Verfassung, in einem Bundesgesetz oder in einem völkerrechtlichen Vertrag, dessen Genehmigung dem Referendum unterstanden hat, vorgesehen [sein muss]“. Ausserdem soll die Delegation der Rechtsetzungs- und Genehmigungskompetenz der Bundesversammlung beschränkt werden. Zur Begründung heisst es, es komme immer wieder vor, dass die bewährte gerichtliche Praxis aufgegeben und an Urteile internationaler Instanzen angepasst werde. Störend an dieser Entwicklung sei namentlich, dass direktdemokratische Mitwirkungsrechte der Bevölkerung dadurch Einschränkungen erfahren. Es erlangten so Regelungen Gültigkeit, die „faktisch die Qualität von Bundesgesetzen“ hätten, ohne dass der Souverän bei dieser „Rechtsfortbildung“ beteiligt sei. Da diese Angleichung immer öfter nicht auf dem Weg der Rechtsetzung vorgenommen werde, müssten sämtliche Bundesbehörden, insbesondere auch das Bundesgericht von der Vorschrift erfasst sein, dass eine völkerrechtskonforme Auslegung von Landesrecht nur dann vorgenommen werden dürfe, wenn dies in einem Erlass vorgesehen sei, der dem Referendum unterstanden habe.

Das *Postulat der FDP-Liberale Fraktion* „Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht“ (Postulat 13.3805 vom 25. September 2013) fordert den Bundesrat auf, Massnahmen zu prüfen, die zu einem klareren Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht führen sollen. Die Einführung eines obligatorischen Referendums für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter würde erlauben, innerstaatlich die Rangordnung völkerrechtlicher Normen gemäss ihrer demokratischen Legitimation abzustufen. Auf der obersten Stufe würden sowohl Bundes-, wie auch Völkerrecht stehen, das dem obligatorischen Referendum unterstand, auf zweiter Stufe Bundes- und Völkerrecht, das dem fakultativen Referendum unterstand, darunter Bundes- und Völkerrecht, das nicht dem Referendum unterstand und zuletzt kantonales Recht. Die EMRK findet in dem Vorstoss explizite Erwähnung: Es „könnte opportun sein“, heisst es, völkerrechtlichen Verträgen, die schon zum Zeitpunkt des Inkrafttretens anerkanntermassen Verfassungsrang hatten – wie die EMRK – diesen Rang auch weiterhin zuzugestehen.

Der Bundesrat weist in seiner Stellungnahme darauf hin, dass die Praxis der Bundesbehörden und die Lehre schon heute die Möglichkeit anerkennen, Staatsverträge mit faktischem Verfassungsrang dem obligatorischen Referendum zu unterstellen. Im Übrigen sei es dem Verfas-

sungsgeber zwar freigestellt, eine landesrechtliche Hierarchie von Völkerrecht einzurichten, diese wäre aber für die Verbindlichkeit des Völkerrechts insofern wirkungslos, als es unmöglich sei, sich auf entgegenstehendes Landesrecht zu berufen, um die Nichterfüllung völkerrechtlicher Verträge zu rechtfertigen (Art. 27 Wiener Vertragsrechts-Konvention [WVK]⁹). Die Hierarchisierung könne sich also lediglich auf die landesrechtliche Anwendung des Völkerrechts, nicht aber auf den Rang auf internationaler Ebene beziehen. Dennoch sei die Ausgestaltung einer Konfliktregel für das Verhältnis zwischen der EMRK und dem Landesrecht von besonderer Bedeutung. Das Postulat ist vom Nationalrat überwiesen worden.

In den Bemühungen zur *Umsetzung der Ausschaffungsinitiative* ist von einer Minderheit der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates gefordert worden, im Strafgesetzbuch (Art. 66e E-StGB) und im Militärstrafgesetz (Art. 49d E-MStG) solle die Formulierung aufgenommen werden „Die Bestimmungen über die Landesverweisung und deren Vollzugsmodalitäten gehen dem nicht zwingenden Völkerrecht vor.“ Der Nationalrat hat es abgelehnt, diese Regel zu übernehmen.¹⁰ Die Formulierung stammt aus der Volksinitiative „Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)“, in der dieser Satz (dort Art. 197 Ziff. 9 Abs. Ziff. IV E-BV) auch nach ihrer Teilungültigkeitserklärung, wie sie der Nationalrat vorgenommen hat, noch enthalten bleibt.¹¹

2.2.2. Vorstösse zur Regelung des Verhältnisses zwischen Bundesgesetzen und Staatsverträgen

Die *Parlamentarische Initiative* „Regelung des Verhältnisses zwischen Bundesgesetzen und Staatsverträgen“ von *Luzi Stamm* (Parlamentarische Initiative 13.458 vom 27.09.2013) verlangt Ergänzungen des Art. 184 BV (Beziehungen zum Ausland) und Art. 190 BV (Massgebendes Recht und Rechtsanwendung). Sie möchte erreichen, dass völkerrechtliche Verträge, die der Bundesverfassung oder Bundesgesetzen widersprechen, vom Bundesrat neu ausgehandelt oder gekündigt werden müssen. Solange völkerrechtliche Verträge in Kraft sind, sollen sie für die rechtsanwendenden Behörden nur dann massgeblich (i.S.v. Art. 190 BV) sein, wenn der Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hatte. Bundesgesetze sollen völkerrechtlichen Verträgen vorgehen, es sei denn, diese seien jünger und der Genehmigungsbeschluss dazu habe dem Referendum unterstanden.

Die Begründung führt aus, dass mit der Parlamentarischen Initiative implizit auch ein Verbot an den Bundesrat verbunden sei, *rechtlich oder faktisch* unkündbare Staatsverträge abzuschliessen. Auch dieser Vorstoss knüpft an die Idee einer Hierarchisierung des Völkerrechts gemäss dem Grad der demokratischen Legitimierung des Genehmigungsbeschlusses und an die Idee des *lex posterior*-Grundsatzes als Kollisionsregel an. Er versteht sich als eine Konkretisierung und Weiterentwicklung der Schubert-Praxis. Insbesondere will er die Einschränkung der Schubert-Praxis überwinden, wonach diese nicht zur Anwendung kommt, wenn es um einen völkerrechtlichen Vertrag geht, der dem Schutz der Menschenrechte dient. Auch diesbezüglich soll ein völkerrechtlicher Vertrag durch jüngeres Bundesrecht verdrängt werden können.¹²

⁹ SR 0.111.

¹⁰ AB N 13.056 vom 20. März 2014.

¹¹ AB N 13.091 vom 20. März 2014.

¹² Von einer Streichung des Völkerrechts als massgebliche Rechtsquelle aus Art. 190 Abs. 1 sieht der Vorstoss deshalb ab, weil es ansonsten passieren könnte, dass eine rechtsanwendende Behörde die Vereinbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrages mit der Verfassung prüfen würde, obwohl dieser dem Referendum

Ein neuerer Vorstoss, eine *Motion von Lukas Reimann* (Motion 14.3221 vom 21. März 2014), verlangt erneut¹³ einen Wechsel vom monistischen zum dualistischen System.¹⁴ Zur Begründung heisst es, dass ein Systemwechsel die Abhängigkeit der Schweiz von internationalem Recht reduzieren und die demokratische Legitimation der Rechtsetzung erhöhen würde.

2.2.3. Vorstösse zur Regelung des Verhältnisses zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht

Gezielt auf das Verhältnis von Verfassungsrecht und Völkerrecht richtet sich die *Parlamentarische Initiative* „Verfassungsrecht vor Völkerrecht“ von *Heinz Brand* (Parlamentarischen Initiative 13.452 vom 25. September 2013). Sie möchte den Art. 5 Abs. 1 BV um die Wendung ergänzen „Die Bundesverfassung ist die oberste Rechtsquelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Sie steht über dem Völkerrecht und geht ihm vor, unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts.“ Art. 5 Abs. 4 BV, der lautet „Bund und Kantone beachten das Völkerrecht“, soll gestrichen werden. Der Vorrang der Bundesverfassung bezieht sich dabei ausdrücklich nicht nur auf Völkervertragsrecht, sondern auch auf Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze, wie der Begründung zu entnehmen ist. Da die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts heute gemäss Art. 139 Abs. 3 BV die einzige materielle Schranke für Verfassungsrevisionen bilden, entspreche diese Rang- und Konfliktordnung im Grunde der geltenden Verfassung. Die Parlamentarische Initiative will insbesondere erreichen, dass Volksinitiativen auch dann umgesetzt werden müssen, wenn sie Völkerrecht widersprechen und dass vom Parlament keine völkerrechtlichen Verträge genehmigt und vom Bundesrat keine abgeschlossen werden dürfen, die der Bundesverfassung widersprechen. Art. 5 Abs. 4 soll deshalb gestrichen werden, weil aus ihm – ob zu Recht oder zu Unrecht – der Vorrang des internationalen Rechts vor dem Landesrecht abgeleitet wird. Ausserdem soll damit verhindert werden, dass sich das Parlament, der Bundesrat, die Verwaltung und die Gerichte am internationalen Recht als allgemeine Leitlinie orientieren.¹⁵

2.3. Vorstösse zur Kündigung völkerrechtlicher Abkommen

Ein Nebenschauplatz aus Sicht der zu behandelnden Frage, der aber wichtige Erkenntnisse für die Forschungsfrage liefern kann, bildet eine Reihe von Vorstössen zur Modifizierung oder Kündigung des „Übereinkommens über die Erhaltung der europäischen wild lebenden Pflanzen und Tiere und ihrer natürlichen Lebensräume“ (Berner Konvention)¹⁶. Wie die EMRK ist die

unterstanden hatte. Nach Auffassung des Urhebers würde das gegen den Grundgedanken von Art. 190 BV verstossen.

¹³ Vgl. dazu schon *Interpellation* 96.3479 von *Samuel Schmid* vom 3. Oktober 1996 und *Postulat* 09.3676 der *Fraktion der SVP* vom 12. Juni 2009.

¹⁴ Im monistischen System, das in der Schweiz gegenwärtig gilt, sind Völkerrecht und Landesrecht zwei Aspekte einer einheitlichen Rechtsordnung, weshalb Völkerrecht mit seinem Inkrafttreten automatisch auch innerstaatlich gilt. Im dualistischen System wird demgegenüber von zwei getrennten Rechtsordnungen ausgegangen, weshalb völkerrechtliche Verpflichtung jeweils im Landesrecht umgesetzt werden müssen, damit sie innerstaatlich wirksam werden.

¹⁵ Die Parlamentarische Initiative klammert das Verhältnis zwischen Bundesgesetzen und Völkerrecht bewusst aus. Diese Frage soll durch andere Verfassungsbestimmungen beantwortet werden. Angesichts des Umstandes, dass die Parlamentarische Initiative 13.458 von Luzi Stamm, die diese Frage behandelt, nur zwei Tage später eingereicht worden ist, stellt sich die Frage, inwiefern die beiden Vorstösse nicht als ein einheitlicher Regelungsentwurf zu verstehen sind, innerhalb dessen der eine das Verhältnis des Völkerrechts zur Bundesverfassung, der andere jenes zu Bundesgesetzen neu regeln soll.

¹⁶ SR 0.455.

Berner Konvention ein Vertrag des Europarates und wie die EMRK lässt es die Berner Konvention nur bis zum Zeitpunkt der Ratifikation zu, Vorbehalte anzubringen (Art. 22 Abs. 1 Berner Konvention). Die Schweiz hatte es bei der Ratifikation unterlassen – im Gegensatz zu elf anderen Mitgliedsstaaten – einen Vorbehalt betreffend den Schutz von Wölfen anzubringen. Nachdem der Bundesrat schon in Erledigung der Motion „Erlebnis Natur ohne Wölfe“ (*Motion von Theo Maissen* 01.3567 vom 04. Oktober 2001) die Möglichkeit abgeklärt hatte, einen Vorbehalt zur Konvention nachzureichen, verlangte die *Motion* „Revision des Art. 22 der Berner Konvention“ (Motion von *Jean-René Fournier* 10.3264 vom 19. März 2010), diesen Artikel so abzuändern, dass Unterzeichnerstaaten jederzeit einen Vorbehalt anbringen können. Die Motivation dieses Vorhabens war explizit, die Handlungsfreiheit zu gewinnen, um den rechtlichen Rahmen jederzeit einer sich verändernden Situation anpassen zu können. Sollte dies nicht gelingen, so soll die Schweiz die Konvention kündigen und bei einer erneuten Ratifikation einen Vorbehalt betreffend den Schutz des Wolfes anbringen. In der Antwort vertritt der Bundesrat die Ansicht, der Austritt der Schweiz gefolgt von einem Wiederbeitritt mit dem Zweck, einen derartigen Vorbehalt anbringen zu können, wäre ein Verstoss gegen Treu und Glauben gemäss Art. 26 und Art. 31 WVK. Dennoch wurde die Motion überwiesen und der Versuch, eine Änderung der Konvention zu erreichen verlief erfolglos. Seither hat *Oskar Freysinger* zwei *Motionen* eingereicht („Kündigung der Berner Konvention“ 09.3790 vom 22. September 2009 und „Berner Konvention“ 13.4320 vom 12. Dezember 2013), die beide die Kündigung der Konvention verlangen. Während die erste Motion, die abschlägig erledigt worden ist, mit der Notwendigkeit argumentiert, den Wolf bejagen zu können, geht es in der zweiten Motion ausdrücklich nicht mehr in erster Linie um den Umgang mit dem Wolf, sondern darum, dass sich der Bundesrat nach Ansicht des Motionärs über den Willen des Parlamentes hinweggesetzt hatte, wie er in der Überweisung der *Motion Fournier* zum Ausdruck kam. Der Bundesrat beantragt die Ablehnung der Motion.

3. Internationale Ausgangslage: Opposition gegen die Verbindlichkeit der EMRK in anderen Mitgliedsstaaten

Die Beurteilung der Ausgangslage wäre unvollständig, wenn nicht auch die Situation in anderen Mitgliedsstaaten des Europarates in Bezug auf die EMRK in Betracht gezogen würde. Dies ist relevant, weil die Organe des Europarates wohl gelassener reagieren könnten, wenn Versuche der Schweiz, sich der Verbindlichkeit der Konvention durch Berufung auf den Vorrang des Landesrechts zu entziehen, isoliert wären, als wenn unser Land damit einen Trend unterstützen würde, der die Wirksamkeit des Schutzsystems für Menschenrechte des Europarates grundsätzlich in Frage stellt.

Die Mitgliedsstaaten können im Wesentlichen in drei Gruppen eingeteilt werden: (1) Staaten, in denen die Geltung und Verbindlichkeit der EMRK im Grundsatz unbestritten ist, auch wenn es hin und wieder zu Verletzungen der Konvention kommt und Urteile des EGMR zuweilen auf Kritik stossen; (2) Staaten, in denen – wie in Russland – systembedingte Umsetzungsprobleme dazu führen, dass die innerstaatliche Geltung der Konvention grundsätzlich prekär ist; und (3) Staaten, in denen es ernstzunehmende politische Kräfte gibt, die sich unter Berufung auf Konzepte der Unabhängigkeit und Souveränität grundsätzlich gegen die Konvention und ihren Gerichtshof wenden. Zu dieser dritten Gruppe sind nebst der Schweiz besonders das Vereinigte Königreich und die Niederlande zu zählen.¹⁷ Eine Besonderheit des Vereinigten Königreichs und der Nieder-

¹⁷ Einen guten Überblick zur Debatte in den Niederlanden bietet MIHR 2011.

landen ist, dass sie von Koalitionen regiert werden oder regiert wurden, welche die ablehnende Haltung gegen den Gerichtshof in die Regierung getragen und ihr dadurch ein grösseres Gewicht verliehen haben.

3.1. Vereinigtes Königreich

Im Vereinigten Königreich spielen nicht nur Massenmedien eine wichtige Rolle in der Opposition gegen den Einfluss der EMRK,¹⁸ die diese gerne als ein Instrument der EU darstellen. Besonders ins Gewicht fällt, dass die Regierung ganz grundsätzliche Bedenken zu einem weiteren Verbleib im Europarat erhebt und einen Austritt als echte Option behandelt. Unter diesem Gesichtspunkt scheint es gerechtfertigt, dem Vereinigten Königreich ein in politischer Hinsicht einzigartig problematisches Verhältnis zum Europarat zu attestieren.¹⁹ Eine Gesetzesvorlage, welche die Bindung an EGMR-Urteile aufheben sollte, drang im Unterhaus bis zur zweiten Lesung vor, ehe es im März 2013 zurückgezogen wurde.²⁰ Die Eskalation im Konflikt zwischen der britischen Regierung und dem Gerichtshof ging soweit, dass sich der damalige britische Präsident des Gerichtshofs, NICOLAS BRATZA, veranlasst sah, der Regierung durch eine öffentliche Stellungnahme entgegen zu treten.²¹ Dies hatte offenbar zur Folge, dass der britische Premierminister DAVID CAMERON, der zu jener Zeit den Vorsitz des Europarates führte, seine Stellungnahme zum Gerichtshof etwas korrigierte.²² Im Vereinigten Königreich ist auch eine akademische Debatte im Gange, ob eine Kündigung der EMRK dazu führen müsste, dass das Land auch aus dem Europarat und aus der EU ausscheiden müsste.²³

3.2. Niederlanden

In den Niederlanden löste ebenfalls eine Kampagne in der Presse, in welcher die Legitimität des Gerichtshofes grundsätzlich in Frage gestellt wird, einen verstärkten Druck der Regierung auf den EGMR aus. Ähnlich wie im Vereinigten Königreich stand die Idee einer „*margin of appreciation*“ welche der Gerichtshof zunehmend vernachlässige, einer angeblichen Einmischung in rein politische Debatten und eine monierte Ausweitung der Rechtsprechung auf Gebiete, die mit den Menschenrechten nichts mehr zu tun hätten, im Zentrum der Vorwürfe gegen den Gerichtshof.²⁴ Die Regierung bereitete als Reaktion auf diese Kampagne eine Parlamentsdebatte vor, in welcher darüber beraten werden sollte, ob dem Gerichtshof die Beiträge gekürzt werden sollen, wenn er sich nicht auf eine Ausdehnung des Konzepts der „*margin of appreciation*“ einlasse. Nach einer Intervention der niederländischen Juristenkommission wurde die Debatte fallen gelassen.²⁵

¹⁸ Einen guten Überblick zur Situation in MYJER 2012.

¹⁹ So THE GUARDIAN vom 22. Dezember 2013 (online): <http://www.theguardian.com/law/2013/dec/22/britain-european-court-human-rights> (zuletzt besucht am 4. April 2013).

²⁰ SMETS 2014, S. 183.

²¹ Vgl. dazu LE MONDE vom 27. Februar 2013 (online): http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/02/27/menace-sur-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme_1648858_3224.html (zuletzt besucht am 7. April 2013).

²² EuGRZ 2012, Dokumentation, S. 131 f.

²³ MILLER 2014; PINTO-DUSCHINSKY/GIBBS 2011, insbes. S. 50 ff.

²⁴ Einen deutschen Artikel von Thierry Baudet, dem Autor, der die Polemik gegen den Gerichtshof in den Niederlanden angestossen hatte, findet sich in SCHWEIZER MONAT, Ausgabe 1007 vom Mai 2013 („Das Europa der Menschenrechte“).

²⁵ MIHR 2011.

3.3. Russland

Russland dürfte der wichtigste Vertreter jener Staaten sein, die wegen systembedingten Problemen grundsätzliche Mühe haben, ihren Verpflichtungen aus der EMRK nachzukommen,²⁶ und unter anderem aus diesem Grund ein permanent gespanntes Verhältnis zum Europarat aufweisen. Sowohl gegenüber der Parlamentarischen Versammlung als auch gegenüber dem Gerichtshof ist bei Vertretern Russlands der Vorwurf rasch bei der Hand, der Europarat sei einseitig gegen Russland eingenommen.²⁷ Zu diesem traditionellen Vorbehalt tritt aber seit einiger Zeit – besonders in Zusammenhang mit dem Urteil *Markin gegen Russland*²⁸, das Russland zur Leistung eines Vaterschaftsurlaubs für Militärangehörige verpflichtet hatte, ohne dass ein solcher nach russischem Recht vorgesehen war – auch der Vorwurf der Souveränitätsverletzung durch den Gerichtshof.²⁹ Dieser Vorwurf einer unzulässigen Einmischung in rein innerstaatliche Angelegenheiten, erinnert durchaus an die Debatte im Vereinigten Königreich, in den Niederlanden oder in der Schweiz. In Russland führte die Polemik gegen den Gerichtshof, an der sich auch das Verfassungsgericht beteiligte, das im Urteil *Markin gegen Russland* vom EGMR direkt kritisiert worden war, zu einer Gesetzesvorlage in der Duma, die es dem Verfassungsgericht ermöglicht hätte, Urteile des EGMR nicht umzusetzen, wenn es selber zuvor anders entschieden hatte. Der Generalsekretär des Europarates nahm diesen Vorstoss ausgesprochen ernst.³⁰ Beobachter gingen davon aus, dass die Annahme eines derartigen Gesetzes die Sistierung der russischen Mitgliedschaft im Europarat zur Folge hätte.³¹ Es ist offenbar auf unbestimmte Zeit verschoben worden.³² Interessant ist, dass sowohl die Parlamentarischen Initiativen Brand³³ und Stamm³⁴ als auch der bereits abgelehnte Vorstoss, Art. 122 BGG zu streichen³⁵ wie der Vorstoss in der Duma bewirken würden, dass es dem höchsten Gericht des Landes in einzelnen Bereichen freigestellt oder gar unmöglich wäre, Urteile des EGMR umzusetzen. Die Reaktionen des Europarates auf das russische Gesetzgebungsprojekt geben somit einen ersten Hinweis darauf, wie der Europarat auf solche Vorstösse in der Schweiz reagieren würde, wenn sie im Parlament mit echten Chancen zur Abstimmung gelangten.³⁶

²⁶ Mit 16.8% aller hängigen Fälle vor dem Gerichtshof ist Russland nach wie vor der wichtigste Herkunftsstaat von Beschwerden an den EGMR: Jahresbericht des Gerichtshofs 2013, S. 193.

²⁷ STEWART 2014, S. 12; LUCAS 2012.

²⁸ EGMR, *Konstantin Markin gegen Russland*, Nr. 30078/06, Urteil vom 7. Oktober 2010 und Urteil der Grossen Kammer vom 22. März 2012.

²⁹ NZZ vom 11. Juli 2011 (online): <http://www.nzz.ch/aktuell/international/russland-will-sich-nicht-mehr-dem-strassburger-recht-beugen-1.11303310> (zuletzt besucht am 8. April 2014).

³⁰ HUNTLEY 2012.

³¹ NZZ vom 11. Juli 2011 (online): <http://www.nzz.ch/aktuell/international/russland-will-sich-nicht-mehr-dem-strassburger-recht-beugen-1.11303310> (zuletzt besucht am 8. April 2014).

³² Vgl. den Bericht auf Russland.ru vom 11. Juli 2011 (online): <http://russland.ru/rechtsfragen/morenews.php?iditem=5> (zuletzt besucht am 9. April 2014).

³³ PI 13.452 vom 25.09.2013.

³⁴ PI 13.458 vom 27.09.2013.

³⁵ PI 12.435 vom 29.05.2012. Art. 122 BGG sieht vor, dass unter gewissen Umständen die Revision des letztinstanzlichen schweizerischen Urteils verlangt werden kann, wenn der EGMR im konkreten Fall eine EMRK-Verletzung festgestellt hat.

³⁶ Bedenkenswert ist auch, dass zwischen parlamentarische Delegationen aus Staaten, wie dem Vereinigten Königreich und Russland, die aus verschiedenen Gründen grundsätzliche Vorbehalte gegen den Europarat hegen, unheilige Allianzen entstehen. So haben britische konservative Abgeordnete mitgeholfen, den Transfer des Monitoring-Berichts 2012 zu Russland an das Ministerkomitee zur weiteren Überwachung zu verhindern LUCAS 2012.

3.4. Fazit

So sehr sich die Staaten auch unterscheiden, in denen ernsthafter politischer Widerstand gegen die Geltungskraft der EMRK betrieben wird, so populär sind überall ähnliche Argumente. Sie betreffen namentlich die demokratische Legitimierung der Richterinnen und Richter am Gerichtshof, die zu starke Einmischung des Gerichtshofes ins Landesrecht und die Ausdehnung der EMRK auf Bereiche, die traditionellerweise nicht erfasst waren.³⁷

Allerdings ist keiner der Versuche, die Verbindlichkeit der EGMR-Urteile im innerstaatlichen Recht in Frage zu stellen, bisher umgesetzt worden. Sowohl die Duma, die niederländische, als auch die britische Regierung haben schliesslich eingelenkt. Vor diesem Hintergrund wären ernsthafte Versuche der Schweiz, die Wirksamkeit der EMRK in Fällen eines Konflikts mit dem Landesrecht zu beseitigen, für den Europarat besonders gefährlich, weil sie den EMRK-kritischen Kräften sowohl in alten als auch jüngeren Mitgliedsstaaten starken Auftrieb geben würden. Die Organe des Europarates müssten daher solchen Versuchen der Schweiz entgegentreten.

4. Zusammenfassung der Ausgangslage

Zusammenfassend ergibt sich die Situation, dass die EMRK in einigen wenigen alten und in jüngeren Mitgliedsstaaten zum Gegenstand von Grundsatzdebatten über nationale Souveränität geworden ist und sich nicht nur Oppositionsparteien finden, sondern auch Regierungskoalitionen, die bereit sind, den Stellenwert der EMRK und die Verbindlichkeit der Urteile des EGMR in Frage zu stellen.

In der Schweiz zeigt sich an der Häufung von Vorstössen zum Themenkreis Völkerrecht-Landesrecht ein politischer Wille, das Verhältnis von Völker- und Landesrecht grundlegend neu zu regeln. Einigen dieser Vorstösse geht es darum, den Geltungsvorrang des Völkerrechts in Frage zu stellen und die Gestaltungsmacht des Stimmvolkes und des Parlamentes gegenüber dem Völkerrecht durchzusetzen. Diese Vorstösse sind vor dem Hintergrund zu verstehen, dass das Völkerrecht der Umsetzung von Volksinitiativen in jüngster Zeit immer wieder Hindernisse in den Weg gelegt hat. Weil die EMRK unter den völkerrechtlichen Verträgen, die eine solche Begrenzungswirkung entfalten, jeweils eine herausragende Stellung einnimmt, darf davon ausgegangen werden, dass nicht nur den parlamentarischen Vorstössen, welche die EMRK ansprechen, sondern allen Vorstössen, die das Landesrecht gegenüber dem Völkerrecht stärken wollen, gemeinsam ist, dass sie den Vorrang der EMRK unterlaufen wollen.

Die verschiedenen parlamentarischen Vorstösse hätten im Fall ihrer Realisierung unterschiedliche Konsequenzen. Würde beispielsweise der EMRK im Sinne der FDP-Liberalen-Fraktion (Postulat 13.3805) Verfassungsrang eingeräumt, müsste sie nur gegenüber neuerem Verfassungsrecht zurücktreten, während die Parlamentarischen Initiativen Stamm und Brand in Konfliktfällen zu einem generellen Vorrang des Landesrechts führen würden. Weniger weitgehende Konsequenzen hätte die Aufhebung des Revisionsgrundes von Art. 122 BGG gemäss der bereits abgelehnten Parlamentarischen Initiative der SVP, da je nach Konstellation andere Mittel (z.B. Wiedererwägung in verwaltungsrechtlichen Sachen, Begnadigung oder frühzeitige Entlassung in Strafsachen) erlauben würden, EGMR-Urteilen nachzukommen. Für die Fragestellung dieser Studie erübrigt sich eine detaillierte Auseinandersetzung mit allen möglichen Szenarien. Vielmehr ist im Folgenden zu prüfen, welches Konfliktpotential die Verankerung einer

³⁷ MYJER 2012, S. 270.

Regelung hätte, welche entgegenstehendem Landesrecht generell oder zumindest in einigen Fällen einen Vorrang vor der EMRK einräumen würde, weil die Konvention innerstaatlich einen Rang unterhalb der BV oder von Bundesgesetzen hätte.

III. ZUM KONFLIKTPOTENTIAL DES EXPLIZITEN VORRANGS DES LANDESRECHTS VOR DER EMRK

Das Bundesgericht hat in konstanter und auf das 19. Jahrhundert zurückgehender³⁸ Rechtsprechung die Lösung entwickelt, wonach bei einem echten Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht grundsätzlich das Völkerrecht vorgeht,³⁹ wobei dies selbst gegenüber später in Kraft getretenem Bundesrecht gilt.⁴⁰ Wie die frühe Rechtsprechung zeigt, liegt die tiefere Bedeutung dieser Praxis in der einfachen Überlegung, dass Verträge solange gelten, als sie nicht gekündigt oder im gegenseitigen Einverständnis revidiert worden sind, und deshalb nicht einseitig modifiziert oder ausser Kraft gesetzt werden können.⁴¹ Eine Ausnahme macht das Bundesgericht gemäss der sog. Schubert-Praxis⁴² nur in Fällen, in welchen die Bundesversammlung ein Bundesgesetz im Bewusstsein verabschiedet hat, dass es völkerrechtswidrig ist. Diese Praxis gilt allerdings nicht, wenn der Bundesgesetzgeber bewusst völkerrechtlich garantierte Menschenrechte verletzt.⁴³

Im Ergebnis führt dies dazu, dass die EMRK – wie auch übriges Völkerrecht – in der Schweiz einen Geltungsvorrang selbst gegenüber der Verfassung geniesst. Ob die Schubert-Praxis nicht nur bei Konflikten zwischen Völkerrecht und Bundesgesetzen, sondern auch im Verhältnis der Verfassung zum Völkerrecht Anwendung finden kann, ist umstritten⁴⁴ und das Bundesgericht hat die Frage bisher nicht entschieden.⁴⁵ Laut KÜNZLI möchte eine Mehrheit der Doktrin auch dem Verfassungsrecht bei bewusster Verletzung vorbestehender völkerrechtlicher Verträge Vorrang einräumen.⁴⁶ Gegen eine analoge Anwendung der Schubert-Praxis spricht jedoch, wie KÜNZLI überzeugend zeigt, dass gemäss klarem Wortlaut von Art. 190 BV im Fall von Konflikten nicht die Verfassung, sondern Bundesgesetze und Völkerrecht massgebend sind, und die Verfassung selbst somit in bewusster Abweichung von der Hierarchielogik der demokratisch besser legitimierten Norm die Frage des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Bundesverfassung abschliessend zugunsten des Vorrangs des Völkerrechts entschieden hat.⁴⁷ Während Art. 190 BV das Verhältnis zwischen Bundesgesetzen und dem Völkerrecht nicht regelt und damit dem Bundesgericht zur konkreten Ausgestaltung überlässt, lässt das geltende Verfassungsrecht nach

³⁸ BGE 7 774, E. 4, S. 783 (1881), 18 189, E. 3 S. 193 (1892), und weitere.

³⁹ BGE 139 I 16 E. 5.1 28; BGE 135 II 243 E. 3.1 249; BGE 125 II 417 E. 4d 425.

⁴⁰ BGE 139 I 16 E. 5.1 29; BGE 122 II 485 E. 3a 487.

⁴¹ Besonders deutlich 21 705 E. 3 S. 710 (1895): „Il est tout d'abord évident que la convention franco-suisse sur la compétence judiciaire, comme tout autre traité international ne peut être modifiée par la volonté unilatérale de l'un des États contractants, et que, par conséquent, la loi fédérale sur les poursuites et la faillite n'a pu établir aucune prescription dérogeant à cette convention.“

⁴² BGE 99 Ib 39.

⁴³ EPINEY 2013a, Rz. 25 m.H. auf BGE 125 II 417 und BGE 117 Ib 367; KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI 2010, S. 124.

⁴⁴ Vgl. dazu den in dieser Hinsicht nicht restlos klaren BGE 139 I 16 E. 5.2.1 und die dort zitierten Hinweise.

⁴⁵ Vgl. dazu KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI 2010, S. 125 m.H. auf BGE 133 V 233 und BGE 133 II 450.

⁴⁶ KÜNZLI 2009, S. 70.

⁴⁷ KÜNZLI 2009, S. 71 f.

dieser Auffassung keinen Raum, von der Massgeblichkeit des Völkerrechts im Verhältnis zur Verfassung in Einzelfällen abzuweichen.

1. Übersicht der Situation in anderen Mitgliedsstaaten

Der Vorrang der EMRK vor Landesrecht ist allerdings keineswegs die einzige mögliche Lösung für die Regelung des Verhältnisses zwischen Landes- und Völkerrecht im Allgemeinen und für den Rang der EMRK in der Rechtsordnung im Besonderen. Tatsächlich ist die Normstufe, die dem Völkerrecht und insbesondere der EMRK zugemessen wird, nicht in allen Staaten gleich.⁴⁸ In der Folge ist daher kurz auf die Frage einzugehen, ob eine Abstufung der EMRK auf die Stufe von Bundesgesetzen oder auf eine Stufe zwischen Bundesgesetzen und der Bundesverfassung zu einer mit der Situation in anderen Mitgliedsstaaten des Europarates vergleichbaren Rechtslage führen oder besondere Probleme schaffen würde.

In *Deutschland* stehen völkerrechtliche Verträge auf der Stufe von Bundesgesetzen (Art. 59 Para. 2 Grundgesetz [GG]). Das gilt auch für die EMRK.⁴⁹ Durch neuere Bundesgesetze wird die EMRK grundsätzlich derogiert, soweit sie nicht als Verkörperung der „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“, d.h. des Völkergewohnheitsrechts,⁵⁰ gilt, die gemäss Art. 25 GG den Gesetzen vorgehen⁵¹. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat daher eine Reihe von Methoden entwickelt, Konflikte zwischen der EMRK und jüngeren Bundesgesetzen zu vermeiden. Dazu gehört die völkerrechtskonforme Auslegung des Gesetzesrechts, ausgehend von der Vermutung, dass der Gesetzgeber seine internationalen Verpflichtungen einhalten wollte.⁵² EMRK-widrigen Gesetzen kann zudem meist bereits auf der Basis ihrer Unvereinbarkeit mit den ausgebauten Grundrechtsgarantien des Grundgesetzes die Anwendung versagt werden, da diese Garantien mit jenen der EMRK weitgehendst übereinstimmen. Wo aber ein anderer Weg, die Verfassung einzuhalten nicht besteht, als durch die Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrages, darf der Gesetzgeber dies an sich tun.⁵³ Ein solcher Fall ist allerdings laut Doktrin kaum vorstellbar: Selbst der deutsche Verfassungsgeber sei an die EMRK gebunden und ein Souveränitätsvorbehalt sei unmöglich, weil dies ein Verstoß gegen Art. 1 und Art. 46 EMRK bedeuten würde.⁵⁴ Einerseits vermeidet das Bundesverfassungsgericht mit den soeben genannten Methoden Konflikte zwischen Grundgesetz und EMRK. Andererseits verankern viele EMRK-Bestimmungen Garantien, die heute ohne Zweifel zwar nicht unbedingt zwingendes Völkerrecht darstellen, aber doch Bestandteil des universellen Völkergewohnheitsrechts sind und damit am Vorrang gegenüber Gesetzen gemäss Art. 25 GG teilhaben.

In *Frankreich* nehmen völkerrechtliche Verträge grundsätzlich eine Stellung zwischen den Gesetzen und der Verfassung ein. Das gilt auch für die EMRK. Ihre Einordnung oberhalb des Gesetzesrechts führt dazu, dass in Frankreich, das nur eine konzentrierte, abstrakte und

⁴⁸ Für eine kurze Übersicht vgl. FROWEIN/PEUKERT 2009, Rz. 7 der Einführung.

⁴⁹ LAMBERT ABDELGAWAD/WEBER 2008, S. 118.

⁵⁰ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehören zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts Normen des Völkergewohnheitsrechts und die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts: siehe z.B. BVerfGE 9, 96 (129) mit weiteren Hinweisen.

⁵¹ LAMBERT ABDELGAWAD/WEBER 2008, S. 119; BENDA 2005, S. 602.

⁵² LAMBERT ABDELGAWAD/WEBER 2008, S. 119, 121. Die Rede ist von einem „de facto-Monismus in Bezug auf die EMRK“, was dazu führt, dass die *lex-posterior*-Regel umgangen werden kann.

⁵³ LAMBERT ABDELGAWAD/WEBER 2008, S. 120.

⁵⁴ MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 33 zu Art. 46 EMRK; vgl. auch WILDHABER 2005, S. 744.

präventive Verfassungsgerichtsbarkeit kennt, die Überprüfung der Übereinstimmung von Gesetzen mit der EMRK im Anwendungsfall einen Ersatz für die fehlende nachträgliche, individuell-konkrete Verfassungsgerichtsbarkeit darstellt, weil sie erlaubt, vorfrageweise zu überprüfen, ob die angefochtenen Urteile sich auf EMRK-konforme Gesetze stützen.⁵⁵

In *Österreich* hat die EMRK seit dem Bundesverfassungsgesetz vom 4. März 1964 Verfassungsrang. Alle rechtsanwendenden Behörden müssen das Recht so anwenden, dass es die EMRK nicht verletzt. Im Falle eines Konflikts mit der Verfassung selber kommt die *lex posterior*-Regel zur Anwendung. Durch späteres Verfassungsrecht – so die Position des Verfassungsgerichtshofs – kann also die EMRK verdrängt werden.⁵⁶

Im dualistischen System des *Vereinigten Königreichs* ist die EMRK seit dem Inkrafttreten des Human Rights Act (HRA) im Jahr 2000 weitgehend in das nationale Recht übernommen worden. Damit besteht die Verpflichtung aller rechtsanwendenden Behörden, die EMRK zu beachten, die Rechtsprechung des EGMR in Betracht zu ziehen und parlamentarische Gesetze im Lichte der EMRK auszulegen. Erst wo dies nicht möglich ist, kommt es zu einer allfälligen „*declaration of incompatibility*“ durch die höheren Gerichte,⁵⁷ also zu einer formellen Feststellung, dass Landesrecht die EMRK verletzt, was dem Gesetzgeber die Möglichkeit gibt, das betreffende Landesrecht in einem beschleunigten Verfahren anzupassen.⁵⁸ Der HRA ist zwar ein Gesetz, das keinen Verfassungsrang hat und sich gegenüber anderen Gesetzen formell nicht abhebt. Es ist aber diese Möglichkeit der „*declaration of incompatibility*“, mit der Gerichte das Parlament anweisen können, die Gesetzeslage der EMRK anzupassen, die dem HRA eine faktisch herausgehobene Stellung unter anderen Gesetzen gibt, so dass auch von einem „Gesetz mit Verfassungsrang“ gesprochen wird.⁵⁹ Gegen die Pflicht zur EMRK-konformen Interpretation gibt es eine Ausnahme, eine Art Schubert-Regel: Parlamentsgesetze, mit denen das Parlament absichtlich und explizit gegen die Konvention verstösst.⁶⁰

Nach dem Vorbild des HRA hat auch *Irland*, in dem die direkte Anwendbarkeit der EMRK wegen seiner geschriebenen Verfassung ein weniger dringliches Problem war als im Vereinigten Königreich, einen Umsetzungserlass beschlossen. Es war das letzte der dualistisch geprägten Mitgliedsländer, das die EMRK ins Landesrecht überschrieb. Der Umsetzungsakt ist ein normales Gesetz, das faktisch aber in Normkonflikten kaum durch anderes Recht verdrängt werden kann.⁶¹ Wegen einem gut ausgebauten verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz mit einem wirksamen Verfahren, hat die Konvention im Rechtsalltag eine verhältnismässig untergeordnete Bedeutung.⁶²

Ebenfalls von der dualistischen Tradition geprägt und auch erst spät in der Umsetzung der EMRK in nationales Recht war *Norwegen*, das die EMRK 1999 zusammen mit anderen Menschenrechtskonventionen in einem Gesetz ins Landesrecht überschrieb. Dieses Gesetz

⁵⁵ LAMBERT ABDELGAWAD/WEBER 2008; S. 115 f.

⁵⁶ TURNHERR 2008, 325 f.

⁵⁷ BESSON 2008, S. 42. Zum Ganzen s. SMETS 2014.

⁵⁸ SMETS 2014, S. 164.

⁵⁹ BESSON 2008, S. 50.

⁶⁰ BESSON 2008, S. 51.

⁶¹ BESSON 2008, S. 46.

⁶² BESSON 2008, S. 54.

enthält eine Konfliktnorm, die ihm Vorrang vor anderem Gesetzesrecht einräumt. Das führt zum Effekt, dass der Rang der Konvention zwischen der Verfassung und Gesetzesrecht liegt.⁶³

In *Schweden* hat die EMRK den Status eines normalen Gesetzes, wobei aber die Verfassung eine Norm enthält, welche es verbietet, ein Gesetz oder einen anderen Erlass zu verabschieden, der gegen Schwedens Verpflichtungen unter der EMRK verstösst. Das führt dazu, dass die rechtsanwendenden Behörden einem Erlass jedenfalls dann die Anwendung versagen müssen, wenn er klar gegen die EMRK verstösst.⁶⁴

Im dualistisch geprägten *Dänemark*, in dem Gesetzesrecht gemäss traditioneller Sichtweise dem Völkerrecht vorgeht und lediglich völkerrechtsfreundlich ausgelegt werden muss, hat die EMRK darum eine herausgehobene Stellung, weil sie als einziges internationales Menschenrechtsinstrument in einem Gesetz umgesetzt worden ist. Verfassungsrang hat sie aber wohl nicht.⁶⁵

In den *Niederlanden* mit einer monistischen Tradition gehen völkerrechtliche Verträge (im Gegensatz zu zum Völkergewohnheitsrecht) dem Landesrecht jedenfalls soweit vor, als sie *self-executing* sind. Seit das Oberste Gericht auch Art. 13 EMRK *self-executing*-Charakter zubilligt, gehen also alle materiellen Garantien der EMRK dem niederländischen Recht vor.⁶⁶ Vergleichbar ist die Situation in den Niederlanden mit jener in der Schweiz insofern, als das Oberste Gericht Gesetzesrecht, das vom Parlament verabschiedet worden ist, wohl die Anwendung versagen muss, wenn es gegen Völkerrecht verstösst, nicht aber, wenn es gegen die Verfassung verstösst. Im Unterschied zur Schweiz ist dieser Anwendungsvorrang des Völkerrechts aber in der Verfassung festgeschrieben.⁶⁷

Weniger klar ist das Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht im ebenfalls monistisch geprägten *Belgien*. Während unbestritten ist, dass Völkerrecht – soweit direkt anwendbar – der Gesetzgebung vorgeht, ist das Verhältnis zur Verfassung umstritten.⁶⁸ Die Position des Verfassungsgerichts, das auch die Vereinbarkeit von völkerrechtlichen Verträgen mit der Verfassung überprüft, wird kritisiert, weil eine Nichtanwendung von Völkerrecht unter Berufung auf anders lautendes Landesrecht nicht möglich wäre. Da das Verfassungsgericht bisher nie eine Verletzung der Verfassung durch einen internationalen Vertrag festgestellt hat, bleibt das Problem theoretischer Natur. Das oberste Berufungsgericht hat sich im Übrigen eindeutig auf den Standpunkt gestellt, die EMRK gehe auch der Verfassung vor.⁶⁹

In *Spanien* steht die EMRK, wie andere völkerrechtliche Verträge, zwischen der Verfassung und dem Gesetzesrecht und kann vom Verfassungsgerichtshof auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüft werden. Die Verfassung selber sieht aber ausdrücklich vor, dass Menschenrechtsverträge zu ihrer Interpretation herangezogen werden können und in der Realität hat die EMRK einen grossen Einfluss auf die Interpretation des Gehalts der Grundrechte in der spanischen Verfassung.⁷⁰

⁶³ WIKLUND 2008, S. 188.

⁶⁴ WIKLUND 2008, S. 187.

⁶⁵ CHRISTOFFERSEN/RASK MADSEN 2011, S. 266 f.

⁶⁶ DE WET 2008, S. 236.

⁶⁷ DE WET 2008, S. 240.

⁶⁸ DE WET 2008, S. 242, 246.

⁶⁹ DE WET 2008, S. 246.

⁷⁰ CANDELA SORIANO 2008, S. 403 f.

In *Italien* entspricht der Rang der EMRK dem Rang ihres Umsetzungsaktes im Landesrecht. Sie steht damit auf der Stufe eines Gesetzes und geht anderen Gesetzen nicht *per se* vor. Schon vor der entsprechenden Ergänzung der Verfassung hat die Rechtsprechung der EMRK aber eine besondere „Widerstandskraft“ gegenüber späterem Gesetzesrecht zugebilligt, die es unmöglich macht, die EMRK durch neueres Gesetzesrecht zu derogieren.⁷¹ Die Verfassung schreibt nun vor, dass sich der Gesetzgeber und alle staatlichen Behörden an völkerrechtliche Verträge halten müssen.⁷² Im Ergebnis läuft das auf einen Verfassungsrang der EMRK hinaus, weil Gesetze, welche die EMRK verletzen damit auch die entsprechende Vorschrift in der Verfassung verletzen.⁷³

In *Portugal* müssen internationale Verträge auch angewendet werden, wenn sie gegen die Verfassung verstossen, es sei denn, deren Anwendung würde eine Verletzung fundamentaler Verfassungsprinzipien bedeuten (Art. 277 Abs. 2 der portugiesischen Verfassung)⁷⁴.

In der *Türkei* hält die Verfassung seit 2004 ausdrücklich fest, dass völkerrechtliche Verträge menschenrechtlichen Inhalts Vorrang vor Gesetzesrecht haben. Die Doktrin geht daher davon aus, dass die EMRK über den Gesetzen, aber unterhalb der Verfassung stehe.⁷⁵

In *Griechenland* legt die Verfassung ebenfalls fest, die EMRK – wie das Völkerrecht generell – stehe über den Gesetzen aber unter der Verfassung. Die Diskussion ist allerdings nicht abgeschlossen, ob das Völkerrecht nicht entgegen dieser Norm mindestens auf gleicher Stufe stehe wie die Verfassung und ob nicht auch der griechische Verfassungsgeber an Menschenrechtsverträge gebunden sei.⁷⁶

In vielen mittel- und osteuropäischen Staaten, die sich nach der Wende eine neue Verfassung gegeben haben, ist typischerweise nicht nur das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Verfassung geregelt, sondern die Verfassung ist in der Regel dezidiert völkerrechtsfreundlich.

So ist etwa die *tschechische* Verfassung so ausgestaltet, dass in der Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrages auch eine Verletzung der Verfassung liegt.⁷⁷

In *Ungarn* steht das Völkerrecht nach dem neuen Grundgesetz von 2011 über dem gewöhnlichen Recht aber unterhalb der Verfassung, was sich daran zeigt, dass das Verfassungsgericht Erlasse (nicht aber Verfassungsrecht) aufheben kann, die Völkerrecht verletzen (Art. 24 Abs. 3 lit. c des ungarischen Grundgesetzes)⁷⁸.

Dasselbe gilt für *Polen*⁷⁹ und *Litauen* (Art. 105 Abs. 3 Ziff. 3 der litauischen Verfassung)⁸⁰.

Auch in der *Slowakei*⁸¹ und in der *Ukraine* steht die EMRK zwischen den Gesetzen und der Verfassung.⁸²

⁷¹ CANDELA SORIANO 2008, S. 405.

⁷² CANDELA SORIANO 2008, S. 404.

⁷³ CANDELA SORIANO 2008, S. 406.

⁷⁴ Wo in der Folge in Bezug auf einzelne Mitgliedsstaaten nicht auf Literatur, sondern direkt auf eine bestimmte Verfassung verwiesen wird, ist die englische Übersetzung der Verfassung konsultiert worden, wie sie auf www.constituteproject.org zur Verfügung gestellt ist (zuletzt besucht am 25. April 2014).

⁷⁵ ÖZDAN KABOGLU/KOUTNATZIS 2008, S. 468.

⁷⁶ ÖZDAN KABOGLU/KOUTNATZIS 2008, S. 462.

⁷⁷ HOFMANN/FAIX 2008, S. 7.

⁷⁸ Vgl. Fn. 74.

⁷⁹ HOFMANN/FAIX 2008, S. 19.

⁸⁰ Vgl. Fn. 74.

Die *lettische* Verfassung hält fest, dass Teile der Souveränität des Landes an internationale Organisationen delegiert werden dürfen, wenn dies der Stärkung der Demokratie dient (Art. 68 Abs. 2 der lettischen Verfassung). Zu Beginn des Grundrechtskataloges der Verfassung wird in allgemeiner Weise festgehalten, dass die Grundrechte in Übereinstimmung mit den für Lettland bindenden internationalen Verträgen gelten sollen (Art. 89 der lettischen Verfassung)⁸³.

In *Estland* ist die Ratifizierung von Völkerrecht, das der Verfassung widerspricht, verboten. Einmal durch das Parlament ratifiziert geht es aber dem Gesetzesrecht vor (Art. 123 der estischen Verfassung)⁸⁴.

In *Bulgarien* gehen internationale Verträge allem Landesrecht vor, sofern sie verfassungsmässig ratifiziert worden sind (Art. 5 Abs. 4 der bulgarischen Verfassung), wobei das Verfassungsgericht vor der Ratifikation die Verfassungsmässigkeit von Verträgen prüfen kann (Art. 149 Abs. 1 Ziff. 4 der bulgarischen Verfassung)⁸⁵.

Die *rumänische* Verfassung sieht die Pflicht vor, das nationale Recht im Lichte der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und der Menschenrechtsverträge auszulegen und räumt völkerrechtlichen Verträgen den Geltungsvorrang vor der Verfassung ein, soweit diese nicht für die Betroffenen günstiger ist (Art. 20 der rumänischen Verfassung)⁸⁶.

Die *moldavische* Verfassung hält fest, dass das Völkerrecht menschenrechtlichen Inhalts dem Landesrecht grundsätzlich vorgeht (Art. 4 Abs. 2 der moldavischen Verfassung) und dass die Verfassung geändert werden muss, ehe ein völkerrechtlicher Vertrag ratifiziert werden kann, der ihr widerspricht (Art. 8 Abs. 2 der moldavischen Verfassung). Dennoch kann das Verfassungsgericht die Frage prüfen, ob ein geltender internationaler Vertrag verfassungsmässig ist (Art. 135 Abs. 1 der moldavischen Verfassung)⁸⁷.

In *Slowenien* müssen Gesetze mit internationalen Verträgen konform sein, die von der Nationalversammlung ratifiziert worden sind und Verordnungen auch mit den übrigen internationalen Verträgen (Art. 153 slowenische Verfassung). Das Verfassungsgericht kann vor der Ratifizierung eines Vertrages eine für das Parlament verbindliche Meinung über dessen Verfassungsmässigkeit abgeben (Art. 160 slowenische Verfassung)⁸⁸.

In *Kroatien* wird der Geltungsvorrang des Völkerrechts explizit in der Verfassung festgehalten (Art. 140 der kroatischen Verfassung)⁸⁹.

In *Serbien* dürfen völkerrechtliche Verträge nicht gegen die Verfassung verstossen und das Verfassungsgericht kann ihre Verfassungsmässigkeit auch nach der Ratifikation noch überprüfen (Art. 167 Ziff. 2 serbische Verfassung). Die menschenrechtlichen Garantien der von Serbien ratifizierten Verträge werden von der Verfassung zu direkt anwendbaren, verfassungsmässigen Rechten erklärt (Art. 18 Abs. 2 serbische Verfassung)⁹⁰.

⁸¹ KRZYZANOVSKA-MIERZWESKA 2008, S. 542; HOFMANN/FAIX 2008, S. 23.

⁸² NUSSBERGER 2008, S. 626.

⁸³ Vgl. Fn. 74.

⁸⁴ Vgl. Fn. 74.

⁸⁵ Vgl. Fn. 74.

⁸⁶ Vgl. Fn. 74.

⁸⁷ Vgl. Fn. 74.

⁸⁸ Vgl. Fn. 74.

⁸⁹ Vgl. Fn. 74.

⁹⁰ Vgl. Fn. 74.

Sehr klar festgehalten ist der Vorrang des Völkerrechts in *Montenegro*. Einmal ratifiziert, wird Völkerrecht integraler Bestandteil des Landesrechts und hat Anwendungsvorrang vor diesem (Art. 9 der montenigrinischen Verfassung). Das Verfassungsgericht prüft nicht nur die Verfassungsmässigkeit von Gesetzesrecht, sondern auch dessen Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht (Art. 149 der montenigrinischen Verfassung) und für den Fall, dass eine Verletzung festgestellt wird, treten die entsprechenden Vorschriften mit der Publikation des Urteils ausser Kraft (Art. 152 der montenigrinischen Verfassung)⁹¹.

Die *mazedonische* Verfassung hält fest, dass ratifizierte völkerrechtliche Verträge Teil der Rechtsordnung sind und nicht durch Gesetzesrecht abgeändert werden können (Art. 118 der mazedonischen Verfassung)⁹².

Im monistischen System *Albaniens* gehen internationale Normen den Normen des Landesrechts vor, wenn sie *self-executing* sind (Art. 122 Abs. 2 der albanischen Verfassung). Internationale Verträge können vor ihrer Ratifizierung durch das Verfassungsgericht auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüft werden (Art. 131 lit. b der albanischen Verfassung)⁹³.

In *Georgien* geht das Völkerrecht dem Landesrecht vor, es sei denn, es stehe im Konflikt mit der Verfassung (Art. 13 Abs. 4 der georgischen Verfassung) wobei das Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit eines internationalen Vertrages feststellen kann (Art. 89 Abs. 1 der georgischen Verfassung)⁹⁴.

In *Armenien* dürfen Verträge, die der Verfassung widersprechen, nicht ratifiziert werden, was das Verfassungsgericht vor dem Inkrafttreten überprüfen kann (Art. 100 der armenischen Verfassung). Einmal ratifiziert gehen sie dem Landesrecht im Konfliktfall aber vor (Art. 6 der armenischen Verfassung)⁹⁵.

In *Azerbaidshan* gehen internationale Verträge dem nationalen Recht im Konfliktfall vor. Eine Ausnahme von diesem Vorrang bildet die Verfassung und Gesetze, die dem Referendum unterstanden haben (Art. 151 der Verfassung von Azerbaidshan)⁹⁶.

Der genaue Rang der EMRK in *Russland* bleibt umstritten. Klar ist, dass die Verfassung völkerrechtlichen Verträgen Vorrang vor Gesetzen einräumt. Unklar ist daher lediglich die Position der EMRK zur Verfassung.⁹⁷ Es wird vertreten, dass sie unterhalb von Verfassungsgesetzen aber höher als Gesetze stehe. Klar ist, dass die EMRK eine Sonderstellung innerhalb der Verträge einnimmt, die Russland geschlossen hat, und dass die Rechtsprechung des EGMR russische Gerichte bindet.⁹⁸

2. Besonderheiten der Situation in der Schweiz

Insgesamt zeigt sich, dass der EMRK neben der Schweiz in mehreren Mitgliedsstaaten des Europarates (zumindest in Albanien, Armenien, Belgien, Montenegro, Niederlande, Portugal,

⁹¹ Vgl. Fn. 74.

⁹² Vgl. Fn. 74.

⁹³ Vgl. Fn. 74.

⁹⁴ Vgl. Fn. 74.

⁹⁵ Vgl. Fn. 74.

⁹⁶ Vgl. Fn. 74.

⁹⁷ HOFMANN/FAIX 2008, S. 14.

⁹⁸ NUSSBERGER 2008, S. 617 f.

Rumänien) Überverfassungsrang eingeräumt wird. Die Schweiz stellt insofern also keinen Einzelfall dar. In der Mehrheit der Staaten kommt ihr allerdings bloss ein Rang zwischen Gesetz und Verfassung zu. Dies gilt – wie oben ausgeführt – im Ergebnis auch für Deutschland, dem einzigen der untersuchten Staaten, welcher der EMRK generell bloss Gesetzesrang einräumt.

Praktisch hätte die Herabstufung des Rangs der EMRK in der Schweiz allerdings eine viel weitreichendere Bedeutung als in anderen Ländern:

1. Würde die Schweiz der EMRK *Gesetzes- oder Untergesetzesrang* zukommen lassen, würde sie klar vom europäischen Standard abweichen. Weil in der Schweiz gegenüber Bundesgesetzen die Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeschlossen ist, würde dies insbesondere ausschliessen, dass menschenrechtswidrige Gesetze im Gefolge einer EMRK-konformen Auslegung der Grundrechte der BV als verfassungswidrig eingestuft werden können und ihnen auf diesem Weg die Anwendung versagt wird. In Deutschland und anderen europäischen Staaten haben höchste Gerichte auf Grund der Verfassungsgerichtsbarkeit einen Anreiz, der EMRK faktische Geltung zu verschaffen, weil sie wissen, dass EGMR-Entscheide verbindlich sind und ungeachtet des Rangs der EMRK in der innerstaatlichen Rechtsordnung umgesetzt werden müssen (Art. 46 Abs. 1 EMRK).⁹⁹ Solange die Schweiz keine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen kennt, ist das Potential für Konflikte zwischen schweizerischem Landesrecht und EMRK-Recht weit höher als in anderen Mitgliedsstaaten des Europarates.
2. Hingegen wäre die Verankerung des *Vorrangs der Verfassung* vor der EMRK im Vergleich zu den anderen Mitgliedsstaaten des Europarates prima vista nichts Aussergewöhnliches. Allerdings hätte auch hier die Herabstufung des Rangs der EMRK eine grundlegend andere Bedeutung, als dies in Staaten der Fall ist, welche die EMRK unterhalb der Verfassung einordnen. Grund dafür ist die Möglichkeit, die Verfassung mittels Volksinitiativen zu revidieren, wobei nach geltendem Recht das nichtzwingende Völkerrecht – und damit weite Teile der EMRK – keine Schranke der Verfassungsrevision bildet (Art. 139 Abs. 3 BV). Dies erlaubt, wie verschiedene neuere Verfassungsinitiativen belegen, Bestimmungen irgend welcher Art mit hohem Detaillierungsgrad in der BV zu verankern, bei denen es sich materiell um Gesetzesrecht handelt und die in dieser Art in den Verfassungen der Mitgliedsstaaten des Europarats nicht vorzufinden sind. Während in Europa Konflikte zwischen Verfassungen und der EMRK äusserst selten sind, praktisch fast nur im Bereich der politischen Rechte vorkommen,¹⁰⁰ und somit Ausnahmefälle darstellen, welche die Geltung der EMRK in Europa nicht grundsätzlich schwächen, zielen die hängigen Vorstösse gerade darauf ab, ungehindert EMRK-widriges Landesrecht verankern zu können, was ebenfalls das Potential für Konflikte zwischen schweizerischem Landesrecht und EMRK-Recht drastisch erhöht.

Der Einwand, durch eine Herabstufung der EMRK werde in der Schweiz im Wesentlichen nur jene Situation hergestellt, die in vielen anderen Mitgliedsstaaten des Europarates geltendem Recht entspreche, greift somit zu kurz. Die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen, die Möglichkeit, unter Vorbehalt der Schranke des zwingenden Völkerrechts

⁹⁹ EPINEY 2013b, Rz. 12 f.; BENDA 2005, S. 605; WILDHABER 2005, S. 744.

¹⁰⁰ Siehe v.a. EGMR (Grand Chamber), *Paksa v. Lithuania*, Nr. 34932/04, Urteil der Grossen Kammer vom 6. Januar 2011, Ziff. 96ff und *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, Nr. 27996/06 und 34836/06, Urteil der Grossen Kammer vom 22. Dezember 2009, Ziff. 42 ff. und 55 f.

mittels Volksinitiativen detaillierte Regeln in der BV zu verankern, welche eine EMRK-konforme Auslegung nicht zulassen, und der klar intendierte Zweck, dank des tieferen Rangs der EMRK Bundesrecht schaffen und durchsetzen zu können, das die Konvention verletzt, legen den Schluss nahe, dass damit in der Schweiz systematisch Konflikte mit den Institutionen des Europarates geschaffen würden, weil die Schweiz Urteile des EGMR nicht mehr umsetzen könnte.

3. Auswege zur Reduktion des Konfliktpotentials

Zwar bleibt es denkbar, dass das Bundesgericht auch für den Fall, dass die Verfassung selber ihren Vorrang vor dem Völkerrecht postuliert oder dass ein Vorrang von jüngeren Bundesgesetzen vor völkerrechtlichen Verträgen explizit vorgesehen wird, einen Weg finden würde, sich dennoch an das Völkerrecht zu halten. Dies könnte etwa geschehen mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer praktischen Konkordanz der Verfassungsbestimmungen, was eine isolierte Durchbrechung grundlegender Normen der Rechtsordnung wie etwa Art. 190 BV nicht erlaubt.¹⁰¹ Ebenfalls denkbar wäre ein Hinweis auf das Rechtsstaatsprinzip, aus dem hervorgeht, dass Rechtsnormen – auch völkerrechtliche Verträge – nur in demselben Verfahren wieder ausser Kraft gesetzt werden können, wie sie erlassen worden sind,¹⁰² und deshalb eine Verfassungsrevision die Geltung der EMRK in der Schweiz nicht aushebeln kann. Auch eine noch stärkere Betonung des Wesens des Völkerrechts als gegenseitige Verbindlichkeit, die nur wirksam werden kann, wenn die Berufung auf anders lautendes innerstaatliches Recht unbeachtlich bleibt (Art. 27 WVK),¹⁰³ könnte einen Ausweg aufzeigen.

Alle diese Möglichkeiten würden aber gegen den Willen von Volk und Ständen verstossen, sollten die Vorschläge für die Herabstufung des Geltungsrangs der EMRK verwirklicht werden, weshalb nicht zu erwarten ist, dass das Bundesgericht sie benutzen würde. Sie sind deshalb hier nicht näher zu behandeln.

Im Folgenden ist somit zu untersuchen, welche Konsequenzen ein so ausgelöster Konflikt mit dem Europarat für die Schweiz haben könnte.

IV. MÖGLICHE ESKALATIONSSTUFEN IM KONFLIKT MIT DEN INSTITUTIONEN DES EUROPARATES

1. Überblick

Die EMRK spricht in Art. 46 die Frage des Vorgehens bei Nichtumsetzung von Urteilen des EGMR an. Abs. 1 betont, dass die Staaten verpflichtet sind, „in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen“. Der Vollzug wird durch das Ministerkomitee des Europarats überwacht (Abs. 2). Falls der Vollzug daran scheitert, dass der betroffene Vertragsstaat dem Urteil eine andere Tragweite beilegt als das Ministerkomitee, kann das Komitee „den Gerichtshof anrufen, damit er über diese Auslegungsfrage entscheidet“ (Abs.

¹⁰¹ Vgl. hierzu EPINEY 2013a, Rz. 33.

¹⁰² NEUHAUS 1984, S. 536; EPINEY 2013a, Rz. 33 f.

¹⁰³ Vgl. EPINEY 2013a, Rz. 34. Vgl. auch die Bezugnahme auf Art. 27 WVK in der Stellungnahme des Bundesrates auf das Postulat der FDP-Fraktion 13.3805 vom 25. September 2013.

3). Weigert sich ein Staat, ein Urteil zu befolgen, kann das Ministerkomitee, nachdem es den betroffenen Staat gemahnt hat, dem Gerichtshof die Frage unterbreiten, ob dieser seine Verpflichtung nach Absatz 1 dieses Artikels erfüllt hat (Abs. 4). Falls der Gerichtshof die Frage verneint, „so weist er die Rechtssache zur Prüfung der zu treffenden Massnahmen an das Ministerkomitee zurück“ (Abs. 5). Welche Massnahmen dem Ministerkomitee zur Verfügung stehen, erwähnt die EMRK ebenso wenig wie die Rolle der parlamentarischen Versammlung des Europarats.

Nachfolgend soll kurz auf die Abfolge möglicher Reaktionsformen der Institutionen des Europarates eingegangen werden. Auch wenn sie nachstehend gemäss einer plausibel erscheinenden Reihenfolge geordnet sind, ist nicht ausgeschlossen, dass sie auch parallel zueinander stattfinden können. Überblicksmässig lässt sich folgendes Szenarium skizzieren:

- Zunächst wird es dem Bundesgericht¹⁰⁴ in relevanten Fällen nicht mehr möglich sein, die EMRK gegenüber dem Landesrecht durchzusetzen, sondern es muss einen Entscheid fällen, der die EMRK verletzt. Falls dieser Entscheid am EGMR angefochten wird, resultiert daraus ein negatives Urteil des EGMR. Dieses kann das Bundesgericht immer da nicht umsetzen, wo die Verletzung der EMRK nicht durch eine blosser Entschädigung (Art. 41 EMRK) behoben werden kann und somit eine Revision des letztinstanzlichen innerstaatlichen Entscheids notwendig wird.¹⁰⁵
- Soweit die Unfähigkeit zur Durchsetzung von Urteilen einen ganzen Sachbereich (z.B. Ausschaffung von strafrechtlich verurteilten ausländischen Staatsangehörigen) betrifft und systematischen Charakter annimmt, kann der EGMR über den Einzelfall hinaus zum Schluss kommen, dass das Bundesgericht keine wirksame Vorinstanz i.S.v. Art. 35 Abs. 3 EMRK mehr darstellt, und deshalb der innerstaatliche Instanzenzug nicht mehr ausgeschöpft werden muss.¹⁰⁶ Das würde bedeuten, dass bereits gegen negative Entscheide unterer Instanzen Beschwerde an den EGMR geführt werden kann. Damit wäre die Möglichkeit ausgeschlossen, allfällige Fehlurteile innerstaatlich, also bereits auf Stufe des Bundesgerichtes, zu beheben und damit einer (unnötigen) Verurteilung durch den EGMR zu entgehen.
- Die fehlende Möglichkeit zur innerstaatlichen Korrektur EMRK-widriger Entscheide in Anwendung EMRK-widrigen Landesrechts und damit die Zunahme von Beschwerden an den EGMR zum gleichen Thema kann den Gerichtshof veranlassen, gegen die Schweiz ein Piloturteil zu erlassen. Da dieses innerstaatlich wieder nicht umgesetzt werden darf, eskaliert der mögliche Konflikt weiter.
- Auf der politischen Ebene wird das Ministerkomitee im Sinne von Art. 46 Abs. 4 und 5 EMRK die Möglichkeit haben, vom EGMR ein Urteil zu bekommen, dass die Schweiz ihre Verpflichtungen nicht erfüllt, und danach ihm adäquat erscheinende Massnahmen ergrei-

¹⁰⁴ In gewissen Fällen sind nicht das Bundesgericht, sondern das Bundesverwaltungsgericht oder ein höchstes kantonales Gericht letzte Instanz (Art. 74 und Art. 83 BGG). Der Einfachheit halber ist im Folgenden nur vom Bundesgericht die Rede.

¹⁰⁵ VOCK 2013, Rz. 2 zu Art. 122 BGG; ESCHER 2011, Rz. 2 zu Art. 122 BGG. Vgl. dazu auch die Debatte im Nationalrat über eine Streichung von Art. 122 BGG: AB N 2013 1285 ff. Zu untersuchen, unter welchen Umständen eine Partei in solchen Fällen ausnahmsweise erneut an den Gerichtshof gelangen kann, würde den Rahmen dieser Studie überschreiten und ist für ihre Fragestellung nicht relevant, da auch ein allfälliges zweites Urteil nicht umgesetzt werden kann.

¹⁰⁶ S. MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 10, 23 zu Art. 35 EMRK.

fen. Andere Organe des Europarats, v.a. die Parlamentarischen Versammlung und der Menschenrechtskommissar, können ebenfalls Massnahmen ergreifen.

- Im Extremfall wäre davon auszugehen, dass die Schweiz gegen Art. 3 der Satzung des Europarates¹⁰⁷ verstösst, welcher von allen Mitgliedsstaaten verlangt, dass sie „den Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts [anerkennen] und den Grundsatz (...) dass jeder, der seiner Hoheitsgewalt unterliegt, der Menschenrechte und Grundfreiheiten teilhaftig werden soll“. Bei einer schweren Verletzung dieser Pflicht hat der Europarat nach Art. 8 der Satzung die Möglichkeit, das Recht auf Vertretung eines Mitgliedsstaates zu sistieren, ihm den Austritt naheulegen, und schliesslich den Mitgliedsstaat auszuschliessen.

Nachfolgend werden die verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten dargestellt, geordnet nach den Institutionen innerhalb des Europarates, von denen diese Reaktionen ausgehen. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass die Überwachung der Umsetzung der Urteile nicht mehr die alleinige Aufgabe des Ministerkomitees ist, wie dies von der Konvention ursprünglich vorgesehen war. Auch die Parlamentarische Versammlung, insbesondere aber auch der Gerichtshof spielen eine zunehmend wichtige Rolle in der Überwachung der Umsetzung.¹⁰⁸ Zunächst sollen darum die Reaktionsmöglichkeiten des Gerichtshofes untersucht werden (2), dann jene des Ministerkomitees (3), der Parlamentarischen Versammlung (4) des Generalsekretärs oder der Generalsekretärin (5) und dem Menschenrechtskommissars oder der Menschenrechtskommissarin (6). Zuletzt soll auch die Möglichkeit einer Reaktion der übrigen Mitgliedsstaaten, namentlich auf dem Weg der Staatenbeschwerde, thematisiert werden (5).

2. Reaktionsmöglichkeiten des EGMR

2.1. Verlust des Status einer wirksamen Vorinstanz

Der EGMR hat die Möglichkeit, auf die Eintretensvoraussetzung des ausgeschöpften innerstaatlichen Rechtsweges zu verzichten, wenn die innerstaatlichen Rechtsbehelfe nur theoretisch wirksam sind und daher als aussichtslos zu gelten haben.¹⁰⁹ Die Beweislast, dass ein wirksamer innerstaatlicher Rechtsbehelf¹¹⁰ vorhanden war und realistische Erfolgschancen bestanden, liegt auf der Seite des Staates.¹¹¹ Bei Entscheiden, welche auf EMRK-widrigem schweizerischem Recht beruhen, könnte die Schweiz künftig diesen Nachweis nicht mehr erbringen. Der EGMR müsste sich dann mit der Frage befassen, ob das Bundesgericht noch als eine wirksame Vorinstanz i.S.v. Art. 35 Abs. 1 EMRK gelten könne. Würde es dies verneinen, wäre die Ausschöpfung des Instanzenzuges in gewissen Fällen keine Eintretensvoraussetzung mehr und eine Beschwerde an den Gerichtshof könnte direkt gegen die erstinstanzliche Verfügung oder ein unterinstanzliches Urteil erfolgen (zum Beispiel dem Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung), die nach Ansicht des Beschwerdeführers die EMRK verletzt.

¹⁰⁷ SR 0.192.030

¹⁰⁸ COUNCIL OF EUROPE 2014, Rz. 37; BREUER 2012, S. 6; LAMBERT ABDELGAWAD 2009, S. 473, 483; HELFER 2008, S. 148 f., S. 152.

¹⁰⁹ MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 10 und 23 zu Art. 35 EMRK.

¹¹⁰ Die Formulierung des Gerichtshofes lautet: „*Reasonable prospect of success*“.

¹¹¹ EGMR *Ayangil und andere gegen die Türkei*, Nr. 33294/03, Urteil vom 6. Dezember 2011, Ziff. 28 m.w.H.; EGMR *Dulas gegen die Türkei*, Nr. 25801/94, Urteil vom 20. Januar 2000, Ziff. 45.

2.2. Das Szenario eines Piloturteils

Gemäss Art. 61 Verfo kann der EGMR ein Piloturteil-Verfahren durchführen, wenn sich aus dem Sachverhalt ergibt, dass der Beschwerde ein strukturelles oder systembedingtes Problem zu Grunde liegt, das zu entsprechenden weiteren Beschwerden Anlass gegeben hat oder zu geben geeignet ist (Abs. 1). Er hört die Parteien zunächst an (Abs. 2), die betroffenen Staaten haben aber keine Veto-Möglichkeit gegen ein Piloturteils-Verfahren.¹¹² Der EGMR bezeichnet in einem Piloturteil die Art der von ihm festgestellten strukturellen oder systembedingten Probleme und die *Art der Abhilfe*, die der Vertragsstaat zu treffen hat (Abs. 3).¹¹³ Der EGMR kann in diesen Fällen alle vergleichbaren Beschwerden zurückstellen bis die Abhilfemassnahmen getroffen worden sind (Abs. 6), und kann diese wieder an die Hand nehmen, wenn der betroffene Staat keine Abhilfe schafft (Abs. 8).

Auch wenn typischerweise einige hundert gleich gelagerter Fälle am EGMR anhängig sein müssen, ehe dieser zum qualifizierten Mittel des Pilot-Urteils greift, genügen in Einzelfällen einige dutzend Beschwerden, wenn der Gerichtshof deren Ursache in einem systemischen Problem erblickt. Das Urteil *Rumpf gegen Deutschland*¹¹⁴ (betraf das Fehlen eines Rechtsbehelfes bei überlangen Verfahren) mag dies veranschaulichen.¹¹⁵ Diesem lagen rund 55 gleich gelagerte Fälle zu Grunde. Dem – allerdings atypischen – Piloturteil *Greens und M.T. gegen das Vereinigte Königreich*¹¹⁶ (betraf den Entzug des Wahlrechts von Strafgefangenen) lag sogar lediglich ein vorangehender Fall zu Grunde.¹¹⁷ Ausschlaggebend war dort und in anderen jüngeren Piloturteilen nicht so sehr die grosse Anzahl der anhängigen Beschwerden, sondern das grosse Potential für künftige Beschwerden.¹¹⁸ Ein systembedingtes Problem, welches die Voraussetzung für ein Piloturteil-Verfahren bildet, bedeutet i.d.R. eine Gesetzeslage im betroffenen Staat, welche die Einhaltung der EMRK in einer Gruppe von Fällen verunmöglicht.¹¹⁹

Eines der Resultate eines Piloturteils wäre voraussichtlich, dass die gleichgelagerten hängigen Fälle (und neu anhängigen Fälle) sistiert würden, bis die Massnahmen zur Behebung der systembedingten Probleme greifen. Der Gerichtshof ist von diesem üblichen Vorgehen aber auch schon mit dem Argument abgewichen,¹²⁰ dass die reguläre Erledigung der gleichgelagerten Beschwerden den betroffenen Staat regelmässig an seine Verpflichtungen aus der Konvention erinnern sollte.¹²¹ Die absehbaren weiteren Verurteilungen schaffen eine Möglichkeit, den Druck auf einen Konventionsstaat aufrecht zu erhalten, was besonders dann vom Gerichtshof in Betracht gezogen wird, wenn in weiteren Fällen Probleme mit der Umsetzung eines Urteils mit Präjudizwirkung zu erwarten sind.¹²² Es ist daher nicht auszuschliessen, dass nach einem Pilot-Urteil

¹¹² BREUER 2012, S. 4; LEACH 2011, S. 225.

¹¹³ BREUER 2012, S. 5; FROWEIN/PEUKERT 2009, Rz. 12 zu Art. 46 EMRK.

¹¹⁴ EGMR *Rumpf gegen Deutschland*, Nr. 46344/06, Urteil vom 2. September 2010; vgl. dazu auch EUROPÄISCHER GERICHTSHOF FÜR MENSCHENRECHTE 2013, S. 4.

¹¹⁵ Vgl. auch LAMBERT ABDELGAWAD 2009, S. 478.

¹¹⁶ EGMR *Greens und M.T. gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 60041/08 und 60054/08, Urteil vom 11. April 2011.

¹¹⁷ LEACH 2011, S. 227.

¹¹⁸ BREUER 2012, S. 4; LEACH 2011, S. 228.

¹¹⁹ Vgl. JACOBS/OVEY/WHITE 2010, S. 58.

¹²⁰ BREUER 2012, S. 7.

¹²¹ EGMR *Rumpf gegen Deutschland*, Nr. 46344/06, Urteil vom 2. September 2010, Ziff. 75; EGMR *Vassilios Athanasiou gegen Griechenland*, Nr. 50973/08, Urteil definitiv am 21. März 2011; EGMR *Finger gegen Bulgarien*, Nr. 37346/05, Urteil vom 11. Mai 2011, Ziff. 135.

¹²² BREUER 2012, S. 7.

gegen die Schweiz laufend Urteile in ähnlich gelagerten Fällen hinzukommen würden. Diese Vorgehensweise läge v.a. bei Abschiebungsfällen nahe, bei welchen der EGMR oft rechtlich verbindliche vorläufige Massnahmen anordnet und damit verbietet, den innerstaatlichen Entscheid während des Strassburger Verfahrens zu vollziehen,¹²³ da eine Sistierung zu jahrelanger Rechtsunsicherheit auch für die Betroffenen führen würde.

Dass Piloturteile wirksamen Druck bewirken können, zeigt exemplarisch das Piloturteils-Verfahren *Greens und M.T. gegen das Vereinigte Königreich*¹²⁴, welches die Weigerung betraf, die vom EGMR im Urteil *Hirst gegen das Vereinigte Königreich*¹²⁵ festgestellte EMRK-Widrigkeit des automatischen Verlustes des Wahlrechts für alle Strafgefangenen zu beheben. Der Gerichtshof griff zu diesem Verfahren, ohne dass eine Vielzahl von Fällen anhängig gemacht worden waren. Grund dafür war wohl die Tatsache, dass Regierung und Parlament den ursprünglichen Entscheid des EGMR scharf als unzulässigen Eingriff in die Souveränität kritisiert und damit signalisiert hatten, dass sie das Urteil nicht umsetzen würden, was der Gerichtshof als ernsthafte Bedrohung der Effizienz des Menschenrechtsschutz-Systems des Europarates empfinden musste. *Greens und M.T.* markiert daher eine gewisse Bereitschaft des Gerichtshofes zu einem Machtkampf, der bei klar signalisiertem Widerstand des verurteilten Staates schon recht früh einsetzt. Dieser ging zumindest nach dem gegenwärtigen Stand der Dinge zu seinen Gunsten aus. Die Regierung hat schliesslich eine Gesetzesreform an die Hand genommen, die demnächst ins Plenum des Parlaments gelangen soll.¹²⁶ Inzwischen hat auch der UK Supreme Court bekräftigt, dass die entsprechenden Urteile umgesetzt werden müssen und seinen ursprünglichen Widerstand gegen die *Hirst*-Rechtsprechung des EGMR aufgegeben.¹²⁷

Das Ministerkomitee hält fest, dass bisher sämtliche Piloturteile umgesetzt worden sind.¹²⁸

3. Reaktionsmöglichkeiten des Ministerkomitees

Das Ministerkomitee ist jene Institution des Europarates, die zur Hauptsache mit der Überwachung der Umsetzung der Urteile des EGMR betraut ist (Art. 46 Abs. 2 EMRK). Durch das 14. ZP sind zwei neue Verfahren eingeführt worden, mit denen das Ministerkomitee den Gerichtshof erneut und losgelöst vom Einzelfall mit einer Rechtssache befassen kann, in welcher der verurteilte Staat nach der Auffassung des Ministerkomitees seiner Pflicht zur Umsetzung des Urteils nicht nachgekommen ist: Die Auslegung des Urteils (Art. 46 Abs. 3 EMRK) und die Anrufung des Gerichtshofes wegen Weigerung eines Staates, ein Urteil umzusetzen (Art. 46 Abs. 4 und 5 EMRK).¹²⁹

¹²³ MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 29 der Einleitung.

¹²⁴ EGMR *Greens und M.T. gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 60041/08 und 60054/08, Urteil vom 11. April 2011.

¹²⁵ EGMR *Hirst gegen das Vereinigte Königreich* (Nr. 2), Nr. 74025/01, Urteil vom 6. Oktober 2005.

¹²⁶ Beschluss des Ministerkomitees zum Fall Nr. 28 in seiner 1193. Zusammenkunft am 6. März 2014.

¹²⁷ UK Supreme Court *Chester gegen Secretary of State of Justice und McGeoch gegen the Lord President of the Council*, Urteil vom 16. Oktober 2013, Ziff. 34 f.

¹²⁸ COUNCIL OF EUROPE 2014, S. 10 f.

¹²⁹ Die Details der beiden Verfahren finden sich in Regel 10 und 11 der Geschäftsordnung des Ministerkomitees für die Überwachung der Umsetzung der Urteile und der gütlichen Einigungen. Die Geschäftsordnung ist jeweils im Anhang des Jahresberichtes des Ministerkomitees über die Umsetzung der EGMR-Urteile angehängt.

3.1. Erneute Befassung des Gerichtshofes durch das Ministerkomitee

Die Möglichkeit, dass das Ministerkomitee (zusätzlich zu den Parteien, die dies vorher schon konnten, Art. 79 Abs. 1 VerfO) die Auslegung eines Urteils beim Gerichtshof beantragen kann, wenn es der Auffassung ist, dass die Überwachung der Umsetzung des Urteils durch eine Auslegungsfrage behindert wird, hat lediglich zum Ziel, das Urteil auszulegen. Ob dieses Verfahren in einem möglichen Konflikt der Schweiz mit dem Europarat eine Rolle spielen könnte, hängt davon ab, ob im Zentrum des Konfliktes tatsächlich eine Auslegungsfrage steht. Dies scheint wenig wahrscheinlich für den Fall, dass die Schweiz den Vorrang des Landesrechtes vor der EMRK in Anspruch nehmen würde, die Umsetzung also nicht durch ein unklares EGMR-Urteil, sondern durch klares Schweizer Recht behindert würde.

Wahrscheinlicher wäre demgegenüber, dass das Ministerkomitee den Gerichtshof direkt wegen der Weigerung der Umsetzung gemäss Art. 46 Abs. 4 und 5 EMRK anruft (sog. *infringement procedure*). Dieses Verfahren gibt dem Ministerkomitee neu die Möglichkeit, den Gerichtshof in das Verfahren der Durchsetzung von Urteilen mit einzubinden.¹³⁰ Voraussetzung dafür ist, dass ein Mitgliedsstaat sich weigert, ein Urteil umzusetzen (was allerdings nicht ausdrücklich ausgesprochen sein muss), dass das Ministerkomitee den Staat zunächst gemahnt hat und dass das Ministerkomitee mit Zweidrittelmehrheit entscheidet.¹³¹ Gemäss der Regel 11 Ziff. 2 der Geschäftsordnung des Ministerkomitees soll dieses Verfahren nur ausnahmsweise zur Anwendung kommen und dem betroffenen Staat soll zuerst angezeigt werden, dass ein solches Verfahren geplant ist. Diese Voranzeige erfolgt in der Regel mindestens sechs Monate vor der Befassung des Gerichtshofes durch das Ministerkomitee. Sie erfolgt in der Form einer Interims-Resolution, die begründet ist und in der insbesondere auch die Position des betroffenen Mitgliedsstaates zur Geltung kommt (Regel 11 Ziff. 3). Beim Gerichtshof ist die Grosse Kammer mit dem Entscheid befasst (Art. 31 lit. b EMRK). Sie entscheidet durch Urteil, wobei sie sich nicht noch einmal mit der Sache befasst, sondern lediglich die Frage beantwortet, ob der betroffene Staat durch sein Verhalten die Pflicht verletzt hat, Urteile des EGMR umzusetzen (Art. 46 Abs. 1 EMRK).¹³² Es handelt sich bei diesem Verfahren um ein weiteres, wenn nicht um das letzte juristische Druckmittel gegen einen der Mitgliedsstaaten. Es ist gerade geschaffen worden für die Fälle einer Weigerung, Urteile umzusetzen.

Gemäss der HUDOC-Datenbank liegen zu den Absätzen 3-5 des Art. 46 EMRK noch keine Urteile vor. Soweit ersichtlich sind vor der Grossen Kammer des Gerichtshofs derzeit auch keine derartige Verfahrenen hängig.¹³³ Es ist also noch nicht möglich, die Wahrscheinlichkeit dieses Szenarios an Hand von Präjudizien abzuschätzen. Da diese Verfahrensformen nun aber seit bald vier Jahren zur Verfügung stehen zeigt sich, dass das Ministerkomitee nicht leichtfertig zu ihnen greift. Dass das Begehren zweier NGOs, in der Sache *Isayeva gegen Russland*¹³⁴ um eine erneute Befassung des Gerichtshofes durch das Ministerkomitee,¹³⁵ erfolglos blieb, belegt, dass die Schwelle für die Einleitung eines derartigen Verfahrens sogar bei jahrelanger offensichtlicher Untätigkeit eines Staates in Bezug auf eine ganze Gruppe Verurteilungen wegen schwerer Menschenrechtsverletzungen hoch liegt.

¹³⁰ MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 53 zu Art. 46 EMRK.

¹³¹ MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 53 zu Art. 46 EMRK.

¹³² GRABENWARTER/PABEL 2012, S. 108; MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 54 zu Art. 46 EMRK.

¹³³ Vgl. dazu das Verzeichnis der hängigen Fälle <http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=hearings/gcpending&c=> (zuletzt besucht am 1. April 2014).

¹³⁴ EGMR *Isayeva u.a. gegen Russland*, Nr. 57947/00 u.a., Urteil vom 24. Februar 2005.

¹³⁵ Das Begehren ist als Dokument Nr. DH-DD(2012)730 vom 22. August 2012 veröffentlicht.

3.2. Modalitäten der Überwachung durch das Ministerkomitee

3.2.1. Grundsätze

Nicht nur das 14. ZP, sondern auch die Geschäftsordnung des Ministerkomitees, hat die Durchsetzungsmöglichkeiten des Ministerkomitees verstärkt und es möglich gemacht, gezielt und unter vermehrter Beobachtung der Zivilgesellschaft solange mit systemischen Umsetzungsproblemen befasst zu bleiben, bis diese gelöst sind. Die Modalitäten der Überwachung der Umsetzung stehen unter den Maximen der Priorisierung, der Kontinuität und der Transparenz.¹³⁶ In einem sogenannten *twin-track*-Verfahren werden zwei Kategorien von Fällen gebildet, solche, die normal behandelt werden sollen und solche, denen erhöhte *Priorität* zukommt. Gemäss Regel 4 der Geschäftsordnung des Ministerkomitees gehören zu letzteren auch Urteile, die Hinweise auf systembedingte Probleme in einem Vertragsstaat enthalten.¹³⁷ Der Grundsatz der *Kontinuität* bewirkt, dass grundsätzlich alle Fälle, die noch nicht als erledigt betrachtet werden, ununterbrochen auf der Agenda des Ministerkomitees bleiben. Um die Fortschritte in noch nicht erledigten Fällen überwachen zu können, fordert das Ministerkomitee von den betroffenen Staaten *action plans* oder *actions reports* ein, die es erlauben nachzuvollziehen, welche Massnahmen ein Staat ergriffen hat oder zu ergreifen plant, um die gerügte Verletzung beheben zu können.¹³⁸ Es ist ein Trend feststellbar hin zu immer konkreteren Vorgaben des Ministerkomitees, wie die Urteile umgesetzt werden müssen.¹³⁹ Der Grundsatz der *Transparenz* bewirkt, dass die Informationen, die ein Staat dem Ministerkomitee über die Umsetzung eines Urteils zur Verfügung stellt, grundsätzlich öffentlich sind, wo nicht besondere Interessen dagegen sprechen. Dies soll es Interessensgruppen, Anwälten und nationalen Parlamenten erlauben, die Kooperation der Staaten bei der Umsetzung von Urteilen detailliert nachzuverfolgen.¹⁴⁰ Ein erster Aktionsplan muss dem Ministerkomitee spätestens sechs Monate nach der Rechtskraft des Urteils unterbreitet werden.¹⁴¹ Ein wichtiger Schritt zur Erhöhung der Transparenz bestand bereits darin, dass das Ministerkomitee seit 2007 jeweils einen Jahresbericht vorlegt, der umfangreiche Informationen über die Umsetzung der Urteile enthält.¹⁴² Seit 2013 publiziert das Ministerkomitee auch eine Reihe von Urteilen, zu denen es eine detaillierte Überprüfung vornehmen möchte.¹⁴³

3.2.2. Mögliche Schwierigkeiten für die Schweiz

Es scheint offensichtlich, dass dieses Verfahren zur Überwachung der Umsetzung von Urteilen die Schweiz relativ schnell in eine unlösbare Situation bringen könnte, wenn die Umsetzung eines Urteils am landesrechtlichen Vorrang von EMRK-widrigem Recht scheitern würde. Im Unterschied etwa zu Staaten, deren Justiz- oder Justizvollzugssystem an systematischen Mängeln leidet, könnte die Schweiz schlicht nicht darlegen, welche Massnahmen sie zur Behebung der

¹³⁶ COUNCIL OF EUROPE 2013, Rz. 21 ff.

¹³⁷ JACOBS/OVEY/WHITE 2010, S. 53; FROWEIN/PEUKERT 2009, Rz. 17 zu Art. 46 EMRK.

¹³⁸ COUNCIL OF EUROPE 2013, Rz. 27. Dieses Verfahren geht zurück auf die Geschäftsordnung des Ministerkomitees von 2004 und wird detailliert dargelegt in dem Dokument CM/Inf/DH(2009)29rev.

¹³⁹ JACOBS/OVEY/WHITE 2010, S. 53.

¹⁴⁰ Vgl. LAMBERT ABDELGAWAD 2009, S. 494.

¹⁴¹ COUNCIL OF EUROPE 2013, Rz. 29.

¹⁴² Auch der Jahresbericht entsprach einem zunehmenden Bedürfnis der Zivilgesellschaft und der Mitgliedsstaaten: LAMBERT ABDELGAWAD 2009, S. 472.

¹⁴³ COUNCIL OF EUROPE 2013, Rz. 30.

Mängel zu ergreifen gedenkt. In politischen Erklärungsnotstand käme sie auch als Initiantin und Gastgeberin der Erklärung von Interlaken, welche alle Mitgliedsstaaten auffordert, die Urteile des Gerichtshofes „voll und ganz, effektiv und schnell“ umzusetzen.¹⁴⁴

Das Prinzip der Kontinuität bewirkt, dass das Problem auf der Tagesordnung bleiben und für einen konstanten und steigenden Handlungsdruck sorgen würde. Das Prinzip der Transparenz hat zur Folge, dass zum institutionellen Druck noch jener der Zivilgesellschaft hinzutreten würde.

Gemäss den Regeln 16 und 17 der Geschäftsordnung des Ministerkomitees entscheidet dieses über die Umsetzung der einzelnen Urteile in Form von Resolutionen. Grundsätzlich zu unterscheiden sind dabei Interims-Resolutionen, so lange das Urteil noch nicht als umgesetzt gelten kann (Regel 16) und abschliessende Resolutionen, mit denen die Umsetzung eines Urteils festgestellt werden kann (Regel 17). Die Interims-Resolutionen können verschiedene Formen annehmen. Von der einfachen Feststellung, dass ein Staat noch keine Massnahmen zur Umsetzung eines Urteils ergriffen hat und der Einladung, solche Massnahmen zu ergreifen über die Möglichkeit, den Staat zum Ergreifen von Massnahmen einzuladen, die Verletzungen der gerügten Art in der Zukunft verhindern können, bis zu Resolutionen, die nur ausnahmsweise erlassen werden und die dazu dienen, einem Mitgliedsstaat mit weiteren Massnahmen zu drohen, ist die Palette recht breit.¹⁴⁵ Im Vergleich zu diplomatischem Druck, der vertraulich auf die Regierung ausgeübt worden ist, haben Interims-Resolutionen in den vergangenen Jahren an Wichtigkeit gewonnen.¹⁴⁶ In extremen Fällen, wie in jenem zur Umsetzung von *Ilaşcu und andere gegen Moldawien und Russland*¹⁴⁷ geht das Ministerkomitee soweit, die betroffenen Staaten daran zu erinnern, dass die Gerichtsentscheide bedingungslos verbindlich seien für die Mitgliedsstaaten und deren Umsetzung eine Voraussetzung für die Mitgliedschaft im Europarat darstelle.¹⁴⁸ In jedem Treffen des Ministerkomitees wird der Fall wieder aufgegriffen.¹⁴⁹ Das Beispiel zeigt, wie der betreffende Staat Anlass zu neuen, schärferen und grundsätzlicheren Interims-Resolutionen gibt, solange das Urteil nicht oder mangelhaft umgesetzt ist. Ein Grund für diese hohe Kontinuität liegt darin, dass die Missachtung oder Nichtumsetzung von Urteilen des EGMR für verschiedene Institutionen des Europarates, darunter auch der Generalsekretär und die Parlamentarische Versammlung, als Gefahr für die Autorität des Gerichtshofes und damit des Menschenrechtsschutz-Systems der EMRK als Ganzem gesehen wird.¹⁵⁰

Trotz des Fehlens eigentlicher Zwangsmassnahmen ist das System der Vollzugsüberwachung durch das Ministerkomitee insgesamt recht erfolgreich, ist doch die langfristige Verweigerung der Umsetzung eines Urteils bis anhin eine extreme Ausnahme geblieben.¹⁵¹

¹⁴⁴ Übersetzung gemäss EuGRZ 2010, S. 148.

¹⁴⁵ LAMBERT ABDELGAWAD 2009, S. 502.

¹⁴⁶ JACOBS/OVEY/WHITE 2010, S. 62.

¹⁴⁷ EGMR, *Ilaşcu gegen Moldawien und Russland*, Nr. 48787/99, Urteil der Grossen Kammer vom 8. Juli 2004.

¹⁴⁸ FROWEIN/PEUKERT 2009, Rz. 22 zu Art. 46 EMRK.

¹⁴⁹ LAMBERT ABDELGAWAD 2009, S. 503. Zur schliesslich endgültigen Umsetzung dieses Falles, der in eine erneute Befassung des Gerichtshofes und in eine erneute Verurteilung mündete, vgl. die abschliessende Resolution CM/ResDH(2014)37 vom 6. März 2014.

¹⁵⁰ S. etwa für die Rüge im Nachgang an eine einstweilige Anordnung des EGMR, in der Sache *Mustapha Labsi gegen Slowakei*, Nr. 33809/08 in EuGRZ 2010, S. 261.

¹⁵¹ MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 43 zu Art. 46 EMRK; DIRECTORATE GENERAL OF HUMAN RIGHTS AND LEGAL AFFAIRS OF THE COUNCIL OF EUROPE 2010, S. 8; LAMBERT ABDELGAWAD 2009, S. 500.

3.3. Massnahmen nach Art. 8 der Satzung des Europarates

Art. 8 der Satzung des Europarates lautet:

„Einem Mitglied des Europarates, das sich einer schweren Verletzung der Bestimmungen des Artikels 3 schuldig macht, kann sein Recht auf Vertretung vorläufig entzogen und es kann vom Ministerkomitee aufgefordert werden, gemäss den in Artikel 7 vorgesehenen Bestimmungen seinen Austritt zu erklären. Kommt es dieser Aufforderung nicht nach, so kann das Komitee beschliessen, dass das Mitglied von einem vom Komitee bestimmten Zeitpunkt an dem Rat nicht mehr angehört.“

Art. 3 der Satzung, auf den verwiesen wird, lautet:

„Jedes Mitglied des Europarates erkennt den Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts und den Grundsatz an, dass jeder, der seiner Hoheitsgewalt unterliegt, der Menschenrechte und Grundfreiheiten teilhaftig werden soll. (...)“

Es ist unbestritten, dass die systematische Weigerung, die Urteile des Gerichtshofs gemäss Art. 46 EMRK umzusetzen, eine Verletzung der Pflicht aus Art. 3 der Satzung darstellen würde, die Vorherrschaft des Rechts anzuerkennen und den Grundsatz, dass alle Hoheitsunterworfenen den Menschenrechten und den Grundfreiheiten teilhaftig werden sollen.¹⁵² Wiegt diese Verletzung schwer genug, so ist damit der Tatbestand von Art. 8 der Satzung erfüllt.

Der vorläufige Entzug des Stimmrechts eines Mitgliedsstaates im Ministerkomitee wurde bisher allerdings nie angewandt. Ernstlich zur Diskussion stand eine solche Massnahme nach dem Putsch der Obristen in Griechenland 1967.¹⁵³ Die Militärregierung reagierte auf die Feststellung schwerer Menschenrechtsverletzungen (auch Folter) durch die damalige Europäische Kommission für Menschenrechte mit einer Erklärung, dass sie diese Feststellung als „null und nichtig“ betrachte und sich rechtlich nicht an diesen Bericht gebunden sehe.¹⁵⁴ Griechenland trat darauf hin eigenständig aus dem Europarat aus¹⁵⁵ und trat erst nach dem Sturz der Obristen 1974 wieder bei,¹⁵⁶ weshalb der vorläufige Entzug der Vertretung nicht weiter verfolgt worden ist. Das Ministerkomitee sprach selbst in der Sache *Loizidou gegen die Türkei*¹⁵⁷, in der die Türkei ein Urteil jahrelang nicht umgesetzt hatte, eine Drohung auf Ausschluss nie offen aus, sondern beschränkte sich auf Anspielungen auf Art. 3 und Art. 8 der Satzung.¹⁵⁸ Nach Ansicht von LAMBERT-ABDEGAWAD haben diese impliziten Drohungen nie sehr plausibel gewirkt.¹⁵⁹

Offenere Drohungen ergehen zuweilen durch die Parlamentarische Versammlung, welche mittels Empfehlungen oder Resolutionen dem Ministerkomitee empfehlen kann, Massnahmen gemäss Art. 8 der Satzung zu ergreifen. Solche Drohungen wurden von der Parlamentarischen Versamm-

¹⁵² S. z. B. MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 55 zu Art. 46 EMRK; JACOBS/OVEY/WHITE 2010, S. 62; LAMBERT ABDEGAWAD 2009, S. 492

¹⁵³ Zum Ganzen ÖZDAN KABOGLU/KOUTNATZIS 2008, S. 452 f.

¹⁵⁴ JACOBS/OVEY/WHITE 2010, S. 62; Res. DH (1970) 1 vom 15. April 1970.

¹⁵⁵ Die Verbalnoten, mit denen Griechenland am 12. Dezember 1969 die Kündigung der EMRK und gleichentags den Austritt aus dem Europarat anzeigte sind im Wortlaut abgedruckt in: ZaöRV, S. 417 f. und S. 419 f.

¹⁵⁶ JACOBS/OVEY/WHITE 2010, S. 6, insbes. Fn. 19.

¹⁵⁷ EGMR *Loizidou gegen die Türkei*, Nr. 15318/89, Urteil der Grossen Kammer vom 28. Juli 1998.

¹⁵⁸ Vgl. Res. DH(2001)80 vom 26. Juni 2001; Res. DH(2000)105 vom 24. Juli 2000; Res. DH(99)680 vom 6. Oktober 1999.

¹⁵⁹ LAMBERT ABDEGAWAD 2009, S. 492. Vgl. zur Zurückhaltung des Ministerkomitees im Verhältnis zur Russland auch MELZER 2012, S. 290.

lung gegenüber der Türkei in den 90er Jahren,¹⁶⁰ gegenüber Russland im Zuge des Tschetschenien-Konflikts,¹⁶¹ der Ukraine¹⁶² und gegenüber Aserbeidschan¹⁶³ ausgesprochen, ohne dass sie vom Ministerkomitee weiter verfolgt worden wären.¹⁶⁴ In diesen Fällen ging es allerdings um die Situation in bewaffneten internen Konflikten oder um systematische Mängel im Staatsaufbau, nicht um Urteile des Gerichtshofes, die nicht umgesetzt worden sind.

Die Zurückhaltung der Organe des Europarates liegt wohl daran, dass sich ein Ausschluss eines Staates aus dem Europarat auf die Menschenrechtssituation eher kontraproduktiv auswirken würde.¹⁶⁵

Selbst im Falle einer ausdrücklichen und grundsätzlichen Weigerung der Schweiz, EGMR-Urteile – oder eine bestimmte Gruppe von Urteilen – umzusetzen, wäre daher wohl noch nicht mit der Drohung einer Sistierung des Stimmrechtes oder gar der Aufforderung zum Austritt zu rechnen. Eine so drastische Massnahme ist wenig wahrscheinlich und ein langwieriger, aufreibender Konflikt daher viel plausibler als ein rascher Bruch mit dem Europarat.

Höher wäre die Wahrscheinlichkeit eines Ausschlusses aus dem Europarat im Falle einer Kündigung der EMRK durch die Schweiz. Aus dem Umstand, dass dem Europarat heute nicht mehr beigetreten werden kann, ohne die EMRK zu ratifizieren, müsste das Ministerkomitee den Umkehrschluss ziehen, eine weitere Mitgliedschaft der Schweiz im Europarat sei nicht länger möglich (vgl. dazu unten, V.1).

Die Möglichkeit des vorläufigen Entzugs des Vertretungsrechts durch das Ministerkomitee darf nicht verwechselt werden mit der Möglichkeit der Parlamentarischen Versammlung, eine Nationale Delegation aus der Versammlung auszuschliessen oder ihr Teilnahme- und Mitbestimmungsrechte vorläufig zu entziehen. Im Gegensatz zu Massnahmen nach Art. 8 der Satzung ist dies bereits vorgekommen (s. dazu sogleich).

4. Reaktionsmöglichkeiten der Parlamentarischen Versammlung des Europarates

Obwohl ursprünglich nicht Teil des Aufgabenbereichs der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, hat deren Rolle in der Überwachung der Umsetzung der EGMR-Urteile an Wichtigkeit gewonnen.¹⁶⁶ Die Agenda für eine der vier jährlichen Sessionen beinhaltet immer den Punkt der Umsetzung der Urteile des Gerichtshofs.¹⁶⁷

¹⁶⁰ Recommendation 1266 (1995) vom 26. April 1995.

¹⁶¹ Recommendation 1456 (2000) vom 4. April 2000.

¹⁶² Recommendation 1513 (2001) vom 26. April 2001; Recommendation 1451 (2000) vom 4. April 2000; Recommendation 1395 (1999) vom 27. Januar 1999. Vgl. NZZ vom 27. April 2001 (online): <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/article7CYOT-1.491435> (zuletzt besucht am 10. April 2014).

¹⁶³ Resolution der Parlamentarischen Versammlung 1359 (2004)1 vom 27. Januar 2004.

¹⁶⁴ Vgl. dazu die Resolution 1221 (2000) vom 29. Juni 2000 in der eine gewisse Frustration der Parlamentarischen Versammlung darüber zum Ausdruck kommt, dass das Ministerkomitee nicht entschiedener gegen Russland vorgegangen ist (Ziff. 20). Vgl. dazu auch MELZER 2012, S. 291.

¹⁶⁵ JACOBS/OVEY/WHITE 2010, S. 63.

¹⁶⁶ DRZEMCZEWSKI/GAUGHAN 2010, S. 235; LAMBERT ABDELGAWAD 2009, S. 483 f.; vgl. auch Resolution 1516 (2006). In der Resolution 1914 (2013) spricht die Parlamentarische Versammlung bereits von einer „*shared responsibility*“ zwischen ihr und dem Ministerkomitee in der Pflege des Systems zum Schutz der Menschenrechte.

¹⁶⁷ JACOBS/OVEY/WHITE 2010, S. 60.

Beigetragen zur regelmässigen Befassung der Parlamentarischen Versammlung mit der Umsetzung der Urteile hat eine Berichterstattung durch ein Mitglied des Ausschusses für Rechtsfragen und Menschenrechte¹⁶⁸ ab dem Jahr 2000 und die darauf basierende Resolution 1226 (2000).¹⁶⁹ Diese beklagte, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht immer klar und der Druck, der durch das Ministerkomitee ausgeübt werde, nicht immer stark genug sei, dass aber die zum Teil jahrelange Nichtumsetzung der Urteile, die Errungenschaft des Menschenrechtsschutz-Systems des Europarates, die während 50 Jahren aufgebaut worden war, zu unterminieren drohe. Für sich selber beschloss die Parlamentarische Versammlung in der Resolution, unter anderem

- die Umsetzung von Urteilen permanent zu beobachten und darauf hinzuweisen, wo Anpassungen von Gesetzen oder gar der Verfassung notwendig werden, um künftige Konventionsverletzungen zu verhindern;
- Empfehlungen an das Ministerkomitee und an die Mitgliedsstaaten abzugeben, die Urteile verspätet oder ungenügend umsetzen und falls nötig hierzu eine dringliche Debatte abzuhalten;
- die Nichtumsetzung von Urteilen zum Anlass für ein Monitoring-Verfahren gegen einen Mitgliedsstaaten zu nehmen und
- weitere Massnahmen zu ergreifen oder gegenüber dem Ministerkomitee ein Verfahren gemäss Art. 8 der Satzung des Europarates anzuregen.

Die Parlamentarische Versammlung hat eine Reihe von Handlungsformen entwickelt, mit denen sie die Durchsetzung von Urteilen überwacht. Nebst den regelmässigen Debatten zum Thema der Durchsetzung von Urteilen bietet sich die Form der schriftlichen Fragen an das Ministerkomitee an.¹⁷⁰ Dieses wird dadurch seinerseits zu einer schriftlichen Antwort veranlasst.¹⁷¹ In einer der Resolution 1226 (2000) nachfolgenden Resolution 1268 (2002) einigte sich die Parlamentarische Versammlung auf einen Überwachungsmodus, der stark auf die Verantwortung der jeweiligen nationalen Delegation in der parlamentarischen Versammlung abstellt und diese auffordert, einerseits gegenüber der Parlamentarischen Versammlung Rechenschaft abzulegen, andererseits bei der Regierung ihrer Herkunftsstaaten Informationen einzuholen und Druck aufzubauen.¹⁷²

Das Ministerkomitee anerkannte in der Folge die Rolle der Parlamentarischen Versammlung bei der Überwachung der Umsetzung von Urteilen explizit an.¹⁷³ Das ermutigte die Parlamentarische Versammlung, ihre Tätigkeit in der Überwachung der Umsetzung weiter auszubauen. Sie setzt in der Berichterstattung insbesondere Prioritäten bei besonders hartnäckigen Umsetzungsproblemen.¹⁷⁴ Auch der Berichterstatter des zuständigen Ausschusses ist dazu übergegangen, seine Tätigkeit auf Staaten mit besonders gravierenden Umsetzungsproblemen zu konzentrieren.¹⁷⁵ In der Resolution 1516 (2006) werden Staaten in Bezug auf die Umsetzung einzelner Fälle gelobt und in Bezug auf andere kritisiert. In der Resolution 1787 (2011) wird dieses Vorgehen in verschärftem Tonfall wiederholt. Seit 2005 nimmt der Berichterstatter des Ausschusses für Rechts-

¹⁶⁸ Der erste dieser Berichte von Erik Jurgens ist Assembly Doc. 8808 vom 12. Juli 2000.

¹⁶⁹ LAMBERT ABDELGAWAD 2009, S. 484.

¹⁷⁰ JACOBS/OVEY/WHITE 2010, S. 60 f.

¹⁷¹ LAMBERT ABDELGAWAD 2009, S. 484.

¹⁷² DRZEMCZEWSKI/GAUGHAN 2010, S. 238; LAMBERT ABDELGAWAD 2009, S. 485.

¹⁷³ Vgl. z.B. Resolution 1516 (2006).

¹⁷⁴ LAMBERT ABDELGAWAD 2009, S. 485.

¹⁷⁵ Doc. 12455 vom 10. Dezember 2010.

fragen und Menschenrechte auch in Staaten Besuche vor, in denen die Nichtumsetzung von Urteilen besonders problematisch ist.¹⁷⁶ Die Parlamentarische Versammlung hat ihren Willen betont, den Druck auf die Mitgliedsstaaten im Falle einer Nichtumsetzung aus schlichter Weigerung, aus Nachlässigkeit oder aus Überforderung weiter zu erhöhen.¹⁷⁷

Der Ton der Parlamentarischen Versammlung im Zusammenhang mit der Nichtumsetzung von Urteilen durch Mitgliedsstaaten hat sich in den vergangenen Jahren merklich verschärft. In Empfehlung 1955 (2011) drängt die Parlamentarische Versammlung das Ministerkomitee dazu, in Fällen von flagranter und andauernder Nichtumsetzung der Urteile ein Verfahren zu Suspension oder zum Ausschluss aus der Mitgliedschaft im Europarat einzuleiten. Die Parlamentarische Versammlung hatte sich auch für die Möglichkeit ausgesprochen, bei Nichtumsetzung von Urteilen Bussen gegen den Staat verhängen zu können. Dieser Vorschlag konnte sich aber nicht durchsetzen.¹⁷⁸

Die Parlamentarische Versammlung verfügt auch über die Möglichkeit, das Stimmrecht einer Länderdelegation zu sistieren oder eine Länderdelegation aus der Versammlung auszuschliessen. Sie kann dies entweder tun, indem sie eine Länderdelegation zur Parlamentarischen Versammlung nicht anerkennt (Art. 8 der Geschäftsordnung der Parlamentarischen Versammlung)¹⁷⁹, oder indem sie einer anerkannten Delegation die Anerkennung aus wichtigen Gründen wieder entzieht oder sie zwar weiterhin anerkennt, ihr aber vorläufig Repräsentations- und Mitbestimmungsrechte in der Versammlung entzieht (Art. 9 der Geschäftsordnung). Die Gründe hierfür gehen weiter als jene, für den vorläufigen Entzug der Vertretung durch das Ministerkomitee nach Art. 8 der Satzung: Nebst einer ernsthaften Verletzung der Prinzipien in Art. 3 der Satzung kommt als Grund für die Sistierung auch eine Verletzung der Prinzipien, wie sie in der Präambel zur Satzung des Europarates zum Ausdruck kommen, oder anhaltende Verletzung der Verpflichtungen oder Kooperationsverweigerung im Monitoring-Verfahren der Parlamentarischen Versammlung in Frage¹⁸⁰ (Art. 8.2 der Geschäftsordnung). Der jüngste Anwendungsfall dieser Möglichkeit ist die vorläufige Beschränkung der Rechte der russischen Delegation in der Versammlung (gemäss Art. 9.4c der Geschäftsordnung) wegen der Annexion der Krim mit Resolution 1990 (2014). Ähnliche Massnahmen der Parlamentarischen Versammlung wurden in früheren Fällen bereits gegen die Türkei nach dem Militärputsch von 1980 (bis 1984)¹⁸¹ und gegen Russland für dessen Tschetschenien-Politik in den Jahren 2000 und 2001¹⁸² ergriffen.¹⁸³

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Parlamentarische Versammlung des Europarates in den vergangenen zehn Jahren ihre Beteiligung an der Überwachung der Umsetzung der Urteile des EGMR beträchtlich ausgebaut und stärker als andere Institutionen des Europarates den Ton gegenüber säumigen und unwilligen Mitgliedsstaaten verschärft hat. Gleichzeitig setzt sie stark auf die nationalen Parlamente als Hebel, um Druck auf Regierungen zu machen. Zur Sus-

¹⁷⁶ DRZEMCZEWSKI/GAUGHAN 2010, S. 237.

¹⁷⁷ Recommendation 1764 (2006).

¹⁷⁸ LAMBERT ABDELGAWAD 2009, S. 494 m.H. auf Recommendation 1546 (2002) vom 22. Januar 2002, Recommendation 1477 (2000) vom 28. September 2000, Resolution 1226 (2000) vom 28. September 2000.

¹⁷⁹ Online: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/RoP/Rules-EN.pdf> (zuletzt besucht am 10. April 2014).

¹⁸⁰ S. hierzu Resolution 1115 (1997), insbes. Ziff. 12.

¹⁸¹ Vgl. nur Resolution 765 (1982) vom 28. Januar 1982, Ziff. 19 lit. h.

¹⁸² MELZER 2012, S. 289.

¹⁸³ CENTRE VIRTUEL DE LA CONNAISSANCE SUR L'EUROPE (CVCE) 2012. Von solchen Massnahmen Abstand nahm die Parlamentarische Versammlung hingegen im Konflikt zwischen Georgien und Russland im Jahr 2008 (s. dazu DER STANDARD vom 1. Oktober 2008 (online): <http://derstandard.at/1220459699609>; zuletzt besucht am 15. April 2014).

pension oder Aufhebung der Mitgliedschaft wegen der Weigerung, EGMR-Urteile umzusetzen, wurde bisher allerdings nie gegriffen.

Sollte die Schweiz auf Grund eines politischen Entscheides sich selber ausser Stande setzen, künftig gewisse Urteile des Gerichtshofes umzusetzen, so sähe sich die Parlamentarische Versammlung mit einer Situation konfrontiert, die weder aus institutioneller Überforderung eines Mitgliedsstaates entstanden ist, wie das etwa bei zu langer Verfahrensdauer oder ungenügenden Situationen im Freiheitsentzug zutrifft, noch ein punktuelles Problem wie die bisherige Weigerung des Vereinigten Königreichs, Strafgefangenen ein Wahlrecht einzuräumen, betrifft. Vielmehr wäre die Parlamentarische Versammlung mit einer neuartigen Umsetzungsschwierigkeit konfrontiert, welche die Wirksamkeit des Menschenrechts-Schutzsystems des Europarates ganz grundsätzlich in Frage stellen würde. Angesichts der ohnehin schon grossen Dringlichkeit im Tonfall der Versammlung dürfte die Reaktion gegen die Schweiz deshalb sehr entschieden ausfallen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass diese zum Anlass genommen würde, die Schweiz ab dem Beginn von Umsetzungsproblemen prioritär und kontinuierlich zu überwachen und gegen sie vom Ministerkomitee drastischere Massnahmen zu fordern, als sie bisher zur Anwendung gekommen sind.

Auch ist davon auszugehen, dass gegenüber der Schweizer Delegation in der Parlamentarischen Versammlung ein stetiger und beträchtlicher Druck ausgeübt würde, in der Bundesversammlung Vorstösse einzubringen, die es erlauben, den beanspruchten Vorrang von Landesrecht gegenüber Völkerrecht wieder rückgängig zu machen. Ausserdem besteht das – wenn nach heutigem Stand der Dinge auch geringe – Risiko, dass das Stimmrecht der Schweizer Delegation in der Versammlung sistiert wird.

5. Reaktionsmöglichkeiten des Generalsekretärs oder der Generalsekretärin

Dem Generalsekretär oder der Generalsekretärin des Europarates kommen ebenfalls gewisse Überwachungsfunktionen bei der Umsetzung der Konvention zu. Art. 52 EMRK sieht vor, dass jeder Staat auf deren Anfrage darlegen muss, wie er der Konvention im innerstaatlichen Recht zu Wirksamkeit verhilft. Nebst der Möglichkeit, alle Staaten gleichzeitig um Berichterstattung zu bitten,¹⁸⁴ hat der Generalsekretär in jüngerer Vergangenheit einzelne Staaten – Moldawien und Russland – um Berichterstattung in Bezug auf ein konkretes Problem (die Durchsetzung der Konvention in Transnistrien bzw. Tschetschenien) gebeten.¹⁸⁵ Art. 52 EMRK hat seinen ursprünglichen Sinn eingebüsst. Ursprünglich hatte er die Aufgabe, die Einhaltung der EMRK in jenen Staaten zu überwachen, aus denen keine Individualbeschwerde an den Gerichtshof möglich war.¹⁸⁶ Bei der Herstellung einer Gesetzeslage in der Schweiz, die zu einer absehbaren Unmöglichkeit führen würde, die EMRK in gewissen Bereichen durchzusetzen, wäre dies eine der ersten Reaktionsmöglichkeiten, die dem Europarat zur Verfügung stünden. Dass der Generalsekretär oder die Generalsekretärin auch in der Beziehung zur Öffentlichkeit im jeweiligen Mitgliedsstaat eine politische und kommunikative Funktion wahrnehmen kann, zeigt sich etwa in der Entgegnung des amtierenden Generalsekretärs THORBJØRN JAGLAND auf einen kritischen Kommentar zum Einfluss des EGMR in der Schweiz.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Ein Beispiel hierfür aus jüngerer Zeit ist ein Ersuchen um Berichterstattung zu Geheimgefängnissen der USA im November 2005: JACOBS/OVEY/WHITE 2010, S. 15 f.; FROWEIN/PEUKERT 2009, Rz. 4 zu Art. 55 EMRK.

¹⁸⁵ JACOBS/OVEY/WHITE 2010, S. 14.

¹⁸⁶ MEYER-LADEWIG 2011, Art. 52 EMRK.

¹⁸⁷ NZZ vom 16. Februar 2012 (online): <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/keine-ausufernde-auslegung-der-menschenrechte-1.15083573> (zuletzt besucht am 14. April 2014).

6. Reaktionsmöglichkeiten des Menschenrechtskommissars oder der Menschenrechtskommissarin

Die Funktion des Menschenrechtskommissars oder der Menschenrechtskommissarin ist mit der Resolution des Ministerkomitees 99 (50) vom 7. Mai 1999 geschaffen und dem Generalsekretariat angegliedert worden (Art. 12 Ziff. 1 der Resolution). Das 14. ZP zur EMRK hat die Stellung dieses Amtes insofern aufgewertet, als es als Drittpartei an den Verfahren vor dem Gerichtshof teilnehmen kann (Art. 36 Abs. 3 EMRK).¹⁸⁸ Das gäbe dem Kommissar oder der Kommissarin in Verfahren, in denen es um die Frage der mangelhaften Umsetzung vorangegangener Urteile geht, die Möglichkeit zu intervenieren.

Solche Interventionen erfolgen grundsätzlich in der Form von Berichten, Empfehlungen und Stellungnahmen (sog. Opinions) (Art. 8 Ziff. 1 der Resolution). Es besteht die Möglichkeit, durch den Besuch einzelner Staaten und Berichte zur dortigen Menschenrechtssituation in spezifischen Bereichen eine gewisse Öffentlichkeitswirkung in Bezug auf Missstände zu erzielen. So wäre etwa ein Bericht denkbar, der insbesondere auf die Umsetzung von EGMR-Urteilen in der Schweiz fokussiert. Im Anschluss an einen Besuch erfolgt in der Regel eine Pressemitteilung und es besteht ausserdem die Möglichkeit eines Briefwechsels mit der Regierung, der veröffentlicht werden kann,¹⁸⁹ wodurch gegenüber der Regierung ein gewisser Handlungsdruck erzeugt werden soll aber auch ein Dialog über Fortschritte und abweichende Ansichten möglich wird. Eine besondere Funktion dieses Amtes liegt darin, sich mit Institutionen der EU, der OSZE und der UNO, aber auch mit inländischen Organisationen der Zivilgesellschaft zu vernetzen.¹⁹⁰ Im Falle einer systembedingten Unmöglichkeit, die Garantien in der EMRK umzusetzen, könnte der Kommissar oder die Kommissarin weitere Akteure als die Institutionen des Europarates und seine Mitgliedsstaaten mobilisieren und koordinieren. Reaktionen sind möglich, noch ehe eine Gesetzesänderung zu Beschwerden an den Gerichtshof geführt hat. So hat der damalige Kommissar beispielsweise rasch auf ein britisches Anti-Terror-Gesetz reagiert, das gemäss seiner Einschätzung im Widerspruch stand zum Recht auf Freiheit und Sicherheit gemäss Art. 5 EMRK,¹⁹¹ auf das neue Medienrecht in Ungarn¹⁹² und im Falle des finnischen Ausländergesetzes sogar auf einen blossen Vorschlag der Regierung.¹⁹³ Sollte die Schweiz sich in eine Situation versetzen, in der sie EGMR-Urteile nicht mehr umsetzen kann, wäre daher eine Stellungnahme des Kommissars oder der Kommissarin eines der ersten Mittel, mit dem der Europarat reagieren könnte, u.U. noch bevor diese Rechtslage in Kraft tritt.

7. Reaktionsmöglichkeiten einzelner Mitgliedsstaaten: Das Szenario von Staatenbeschwerden gegen die Schweiz gemäss Art. 33 EMRK

Grundsätzlich ist es jederzeit möglich, dass ein Mitgliedsstaat beim Gerichtshof geltend macht, ein anderer Mitgliedsstaat verletze eine oder mehrere der in der EMRK garantierten Rechte. Ins-

¹⁸⁸ MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 4 zu Art. 36 EMRK; DIRECTORATE GENERAL OF HUMAN RIGHTS AND LEGAL AFFAIRS OF THE COUNCIL OF EUROPE 2010, S. 13. Schon zuvor hatte der Kommissar in einzelnen Fällen interveniert, dann aber lediglich als Drittperson gem. Art. 36 Abs. 2 EMRK. S. z.B. CommDH(2007)18 vom 16. August 2007.

¹⁸⁹ Als Beispiel dafür betreffend die Schweiz s. CommDH(2012)19 und CommDH(2012)20, beide vom 28. März 2012.

¹⁹⁰ DIRECTORATE GENERAL OF HUMAN RIGHTS AND LEGAL AFFAIRS OF THE COUNCIL OF EUROPE 2010, S. 13.

¹⁹¹ CommDH(2002)7 vom 28. August 2002.

¹⁹² CommDH(2011)10 vom 25. Februar 2011.

¹⁹³ CommDH(2003)13 vom 17. Oktober 2003.

besondere kann ein Mitgliedsstaat geltend machen, ein anderer Mitgliedsstaat komme der Pflicht nach Art. 46 Abs. 1 nicht nach, Urteile des Gerichtshofs umzusetzen.¹⁹⁴ Der beschwerdeführende Staat muss dabei weder seine eigenen Interessen verfolgen noch in irgendeiner Weise ein Interesse an der Beschwerde geltend machen. Der Staat kann ohne eigenen unmittelbaren Bezug eine Verletzung des „*ordre public européen*“ vorbringen.¹⁹⁵ Es handelt sich in diesem Sinne um eine *actio popularis*.¹⁹⁶ Die Staatenbeschwerden gegen Griechenland unter der Obristen-Diktatur¹⁹⁷ sind aber die bisher einzigen Beispiele, in denen Staaten Beschwerde erhoben haben, ohne damit unmittelbare eigene Interessen zu verfolgen.¹⁹⁸ Diese Beispiele zeigen aber auch, dass die Staatenbeschwerde an sich ein relevantes Mittel für die Durchsetzung der Konventionsgarantien bleibt, auch wenn sie heute kaum mehr zur Anwendung gelangt. Jedenfalls dort, wo die Verletzungen der Garantien der EMRK systembedingt waren – wie in Griechenland unter der Regierung der Obristen – muss ein Staat damit rechnen, dass ein anderer Mitgliedsstaat lediglich aus Sorge um die Autorität der Konvention eine Staatenbeschwerde führt.¹⁹⁹ Schätzt die Parlamentarische Versammlung des Europarates die Einhaltung der EMRK in einem Mitgliedsstaat als prekär ein, so weist sie die Mitgliedsstaaten darauf hin, dass ihnen das Mittel der Staatenbeschwerde zur Verfügung steht, um Druck auf den betreffenden Mitgliedsstaat zu machen. Sie tat das etwa im Fall des zweiten Tschetschenien-Konfliktes.²⁰⁰

Mit einer Staatenbeschwerde müsste die Schweiz nach heutiger Erkenntnis realistischere Weise nicht rechnen, auch wenn sie an sich möglich bleibt. Es ist jedoch nicht absolut ausgeschlossen, dass ein Staat zu diesem Mittel greifen würde, dessen Staatsangehörigen z.B. von einer EMRK-widrigen, gegen ausländische Personen gerichteten Norm besonders schwer betroffen wären.

V. KONSEQUENZEN, WELCHE DIE SCHWEIZ ZIEHEN KÖNNTE

1. Austritt

Der Bundesrat vertritt die Ansicht, dass mit einer Kündigung der EMRK zwingend auch ein Ausscheiden aus dem Europarat verbunden wäre.²⁰¹ Die Ratifikation der EMRK ist Voraussetzung für den Beitritt zum Europarat,²⁰² woraus nach u.E. überzeugender Ansicht einer Reihe von Autoren folgt, dass mit der Kündigung die Bedingungen für eine weitere Mitgliedschaft im Europarat nicht mehr erfüllt sind.²⁰³ Andere Autoren bestreiten diese Ansicht und weisen darauf hin, dass sich weder aus Art. 3 noch aus Art. 8 der Satzung des Europarates eindeutig ergibt, dass eine Kündigung der EMRK eine derart schwere Verletzung der Ziele und Prinzipien des Europarats wäre,

¹⁹⁴ MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 1 zu Art. 33 EMRK.

¹⁹⁵ FROWEIN/PEUKERT 2009, Rz. 1 zu Art. 33 EMRK.

¹⁹⁶ GRABENWARTER/PABEL 2012, S. 47.

¹⁹⁷ *Dänemark, Norwegen, Schweden und Niederlanden gegen Griechenland*, Nr. 3321/67 u.a., Entscheid der Kommission vom 24. Januar 1968 und *Dänemark, Norwegen und Schweden gegen Griechenland*, Nr. 4447/70, Entscheid der Kommission vom 16. Juli 1970.

¹⁹⁸ FROWEIN/PEUKERT 2009, Rz. 3 zu Art. 33 EMRK.

¹⁹⁹ GRABENWARTER/PABEL 2012, S. 47; FROWEIN/PEUKERT 2009, Rz. 4 zu Art. 33 EMRK.

²⁰⁰ MELZER 2012, S. 290.

²⁰¹ Antwort des Bundesrates auf die Interpellation von Toni Brunner 13.3237 vom 22. März 2013.

²⁰² MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 1 der Einleitung.

²⁰³ Übersicht bei RYCROFT 2008, S. 67, Fn. 87.

dass ein Ausschluss zwingend erfolgen müsste.²⁰⁴ Mit Sicherheit kann daher lediglich gesagt werden, dass eine Kündigung der EMRK den Europarat und seine Mitgliedsstaaten zu einer sehr energischen Reaktion veranlassen müssten.

Neben dem UNO-Pakt II und dem WTO-Abkommen ist es die EMRK, die vom Bundesrat zu jenen internationalen Verträgen gezählt wird, deren Kündigung aus politischen Gründen keine realistische Option ist.²⁰⁵ Er hat diese Auffassung in jüngster Zeit noch einmal bekräftigt.²⁰⁶ Die politischen Gründe, warum eine Kündigung der EMRK nur als schwer vorstellbar gelten kann, lassen sich in zwei Überlegungen gliedern: Einerseits wäre damit eine international unkalkulierbare Isolierung verbunden. Die Schweiz würde sich damit gegen die Werte aussprechen, die eine Gemeinschaft europäischer Staaten – die weit über die EU hinausgeht – miteinander verbindet. Lediglich die griechische Obristen-Diktatur fühlte sich in der Geschichte des Europarates soweit von dessen Grundwerten entfernt, dass sie die Konvention aufkündigte.

Unkalkulierbar wäre andererseits auch der Schaden, den die Kündigung dem System zum Schutz der Menschenrechte des Europarates zufügen würde. Das Signal, ausgesandt von einem westeuropäischen Staat, der zu den alten Mitgliedsstaaten zu zählen ist und der selber keine systembedingten Probleme in der Einhaltung der Menschenrechte aufweist, dass er die Mitgliedschaft in der EMRK künftig nicht mehr für nötig und wünschenswert hält, könnte fatal wirken. Verantwortungsträgern in Mitgliedsstaaten mit einer prekäreren Menschenrechtssituation oder in Staaten, in denen die Forderung nach mehr Eigenständigkeit und Souveränität ebenfalls sehr populär sind, könnten darin einen willkommenen Anlass erblicken, ihrerseits die Autorität dieses Systems in Frage zu stellen und es institutionell zu schwächen oder gar selbst auszutreten.

Im Kontext eines angestrebten Vorranges von Landesrecht oder Teilen davon gegenüber dem Völkerrecht tritt zu diesen grundsätzlichen Bedenken noch der Einwand hinzu, dass eine Kündigung der EMRK kaum vom Willen des Stimmvolks oder des Parlaments gedeckt wäre: Aus der Forderung nach einem Vorrang des Landesrechts vor dem Völkerrecht lässt sich gerade keine Forderung nach Kündigung von völkerrechtlichen Normen ableiten, sondern eben nur der Versuch, diese Normen dem Landesrecht hierarchisch zu unterstellen. Wäre die Kündigung völkerrechtlicher Regeln der Wille des zuständigen Normgebers gewesen, so wäre die Einführung eines Vorranges unnütz gewesen und stattdessen hätte er eine Kündigung gefordert.

2. Austritt und Wiederbeitritt

Auf Grund des Umstandes, dass zur EMRK nur bis spätestens zum Zeitpunkt der Ratifikation Vorbehalte angebracht werden können (Art. 57 Abs. 1 EMRK), ist bereits wiederholt vorgeschlagen worden, die EMRK zu kündigen und ihr erneut beizutreten, wobei dann ein entsprechender Vorbehalt formuliert werden könnte.²⁰⁷

²⁰⁴ So etwa PINTO-DUSCHINSKY/GIBBS 2011, S. 51; ein Überblick über die Meinungsunterschiede in der britischen Lehre bietet RYCROFT 2008, S. 67, Fn. 87.

²⁰⁵ Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht BBl 2010 2263, 2317; Botschaft zur Volksinitiative «Für einen zeitgemässen Tierschutz» BBl 2004 3290 ff.

²⁰⁶ Antwort des Bundesrates auf die Interpellation von Toni Brunner 13.3237 vom 22. März 2013.

²⁰⁷ PARTEIPROGRAMM SVP 2011-2015, S. 56. Wiederholt worden ist diese Forderung in der Debatte des Nationalrates zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative: AB N 13.056, Votum Blocher.

2.1. Verstoss gegen das Prinzip von Treu und Glauben

Wie bereits erwähnt hat der Bundesrat dieses Vorgehen im Zusammenhang mit der Berner Konvention als einen Verstoss gegen Treu und Glauben und als Verletzung der Art. 26 und 31 WVK qualifiziert.²⁰⁸ Es ist daher kurz auf die Frage einzugehen, ob ein solches Vorgehen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, welcher nicht nur die WVK prägt, sondern ein allgemeines Rechtsprinzip darstellt, welches die gesamte internationale Rechtsordnung durchdringt,²⁰⁹ scheitern würde.

Im Grundsatz von Treu und Glauben angelegt ist das Verbot des Rechtsmissbrauchs.²¹⁰ Dieses verbietet, ein subjektives Recht für einen anderen Zweck auszuüben, als für jenen, für den es bestimmt ist.²¹¹ Anders ausgedrückt verbietet es ein Verhalten, das darauf abzielt, unter Berufungen auf Normen des Vertrages den Sinn und Zweck eines Vertrages zu vereiteln.²¹² Das Recht eines Staates besteht vorliegend darin, bis spätestens zum Zeitpunkt der Ratifikation der EMRK Vorbehalte zu dieser anzubringen. Der Zweck dieser Norm scheint ein doppelter zu sein: Sie soll einerseits den potentiellen Mitgliedsstaaten ermöglichen, sich bereits der Konvention zu unterstellen, auch wenn sie noch in einigen – klar umrissenen – Bereichen eine Rechtslage aufweisen, die mit der Konvention nicht vereinbar ist. Andererseits soll sie eine Situation schaffen, in der Staaten nicht mehr hinter den Schutzstandard zurück fallen können, den sie zum Zeitpunkt der Ratifikation gewährleisten konnten und die Verbindlichkeit der Konvention bezüglich all jener Garantien gewährleisten, zu denen kein Vorbehalt besteht. Bestehende Vorbehalte zur EMRK werden zunehmend als problematisch und mit der Idee eines einheitlichen Mindeststandards als unvereinbar empfunden.²¹³ Der Europarat wirkt daher darauf hin, dass Vorbehalte auf ihre weitere Notwendigkeit hin überprüft werden.²¹⁴ Die Tendenz der Staatenpraxis geht denn auch in Richtung eines Rückzuges von Vorbehalten.²¹⁵

Selbst wenn also der Wortlaut des Art. 57 EMRK nicht den Schluss zulässt, dass ein Austritt und ein erneuter Beitritt mit einem Vorbehalt unzulässig wären, so ergibt sich diese Unzulässigkeit klar aus dem Sinn und Zweck der Norm und aus ihrem Kontext. Der Zweck, einen verbindlichen Mindeststandard zu setzen, hinter den nicht mehr zurück gefallen werden kann, würde unterlaufen, wäre dies zulässig.

Wenn der Wortlaut einer Vertragsbestimmung zwei Interpretationen zulässt, von denen die eine verhindert, dass die zu interpretierende Norm einen sinnvollen Effekt hat, so gebietet es Treu und Glaube, die andere Interpretation zu wählen (sog. *effet utile*).²¹⁶ Diese Regel gilt es insbesondere zu beachten, wenn die eine Interpretation zu einem absurden oder unvernünftigen Ergebnis führen würde. Jede Interpretation einer Vertragsnorm muss daher darauf überprüft werden, ob sie ein vernünftiges Ergebnis zeitigen kann.²¹⁷

²⁰⁸ Antwort des Bundesrates auf die Motion von Jean-René Fournier 10.3264 vom 19. März 2010.

²⁰⁹ HOBE 2008, S. 197 f.

²¹⁰ VILLIGER 2009, Rz. 8 zu Art. 26 WVK.

²¹¹ VERDROSS 2010, S. 281.

²¹² VILLIGER 2009, Rz. 8 zu Art. 26 WVK.

²¹³ VAN DIJK/ARAI 2006, S. 1114.

²¹⁴ MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 2 zu Art. 57 EMRK.

²¹⁵ FROWEIN/PEUKERT 2009, Rz. 2 zu Art. 57 EMRK.

²¹⁶ VILLIGER 2009, Rz. 12 zu Art. 31 WVK mit Hinweis auf den erläuternden Bericht der International Law Commission (ILC) zum Entwurf für die WVK.

²¹⁷ DÖRR 2012, Rz. 61 zu Art. 31 WVK.

Dies wäre offensichtlich dann nicht der Fall, wenn Art. 57 EMRK so ausgelegt würde, dass es zwar unmöglich wäre, nach der Ratifikation der Konvention noch weitere Vorbehalte anzubringen, diese Möglichkeit aber dadurch geschaffen werden könnte, dass ein Staat die Konvention kündigt – und damit unter Umständen auch aus dem Europarat austreten müsste –, nur um wieder beizutreten. Offensichtlich handelte es sich dabei um ein Verhalten, das darauf abzielt, den Sinn und Zweck des Art. 57 EMRK zu vereiteln. Was der Bundesrat in der Antwort auf die Frage nach einem entsprechenden Manöver bei der Berner Konvention konstatiert hat, kann daher in Bezug auf die EMRK ebenfalls festgehalten werden. Es wäre ein Manöver, das an dem Verbot scheitern müsste, gegen Treu und Glauben zu verstossen.

Bedenkenswert ist, dass ein vergleichbarer Fall einmal aufgetreten ist, wenn auch nicht im Kontext des Europarates: 1998 kündigte Trinidad und Tobago das 1. Fakultativprotokoll (1. FK) zum UNO-Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte (Uno-Pakt II)²¹⁸, um an demselben Tag mit einem Vorbehalt wieder beizutreten, der es verunmöglichen sollte, dass sich der Ausschuss mit Individualbeschwerden befassen kann, welche die Situation von zum Tode verurteilten Häftlingen betrifft (das 1. Fakultativprotokoll ermöglicht die Individualbeschwerde an den Ausschuss). Der Ausschuss trat daraufhin dennoch auf die Beschwerde eines zum Tode verurteilten Häftlings ein, allerdings ohne sich mit der Frage der Zulässigkeit eines Austritts zwecks sofortigem Wiederbeitritt unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu befassen. Für den Ausschuss stand die grundsätzliche Frage im Vordergrund, ob ein Vorbehalt zum 1. Fakultativprotokoll nicht faktisch einem Vorbehalt zum UNO-Pakt II gleichkommen würde, was in Fällen wie dem zu beurteilenden unzulässig wäre, weil er Ziel und Zweck des Vertrages gefährdete.²¹⁹ Da der Ausschuss in dem betreffenden Fall von der Unzulässigkeit des Vorbehaltes auf Grund seines Inhaltes ausging, hatte er keinen Anlass zu untersuchen, ob dieser unter Verletzung von Treu und Glauben zu Stande gekommen war. Der Entscheid lässt daher die Feststellung unbeschadet, dass darüber hinaus auch ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt, wenn ein Vertrag nur deshalb gekündigt wird, um durch einen erneuten Beitritt erneut die Gelegenheit zu erhalten, einen Vorbehalt zu formulieren.

Dieser Entscheid deutet aber auch darauf hin, dass es schwierig ist, in solchen Fällen einen rechtsgenügenden Vorbehalt zu formulieren, d.h. einen, der zwar die Anwendbarkeit eines internationalen Instrumentes zum Schutz der Menschenrechte in einer Fallgruppe, in der ein Staat dies nicht mehr möchte, künftig verhindert, hingegen so präzise und so eingeschränkt formuliert ist, dass er nicht ohnehin für ungültig erklärt werden muss, weil er Sinn und Zweck des Vertrages untergraben würde.

2.2. Die Schwierigkeit, einen rechtsgenügenden Vorbehalt zu formulieren

Selbst wenn man die Position einnehmen wollte, dass ein Wiederbeitritt unter Anbringung eines neuen Vorbehaltes rechtlich zulässig wäre, sind Zweifel berechtigt, ob ein Vorbehalt bezüglich des Vorrangs des Landesrechtes so formuliert werden kann, dass er den Anforderungen von Art. 57 EMRK genügt. Die Voraussetzungen dafür sind, dass sich der Vorbehalt auf einzelne Bestimmungen der Konvention bezieht (nicht grundsätzlich auf die Anwendbarkeit der Konvention)

²¹⁸ SR 0.103.2.

²¹⁹ Entscheid des Ausschusses vom 2. November 1999 betreffend die Mitteilung Nr. 845/1999, *Kennedy gegen Trinidad und Tobago*, Ziff. 6.5 f., publiziert im Jahresbericht des Ausschusses A/55/40, Band II Anhang XI, S. 258 ff.

und dass er genau und klar ist.²²⁰ Das bedingt auch, dass klar ist, auf welche *Normen des Landesrechts* sich der Vorbehalt bezieht²²¹ und dass diese im Vorbehalt kurz beschrieben sind. Der Vorbehalt, den die Schweiz ursprünglich zu Art. 6 EMRK angebracht hatte, war unter anderem deshalb ungültig, weil dessen Wirkung sich auf eine Vielzahl nicht genau bestimmbarer Normen des kantonalen und kommunalen Rechtes bezogen hatte.²²² Zu unbestimmt sind namentlich auch Vorbehalte, die lediglich auf eine allgemeine Vorschrift der Verfassung verweisen, deren einschränkende Wirkung nicht erschöpfend formuliert ist und aus der selber noch nicht hervorgeht, welche Fallgruppen von dem Vorbehalt erfasst sind.²²³ Würde die Schweiz ganz allgemein einen Vorrang des Verfassungsrechts oder jüngerer Bundesgesetze vor Völkerrecht vorsehen, wäre wohl kein präziserer Vorbehalt zur EMRK möglich, als ein Verweis auf die Verfassungsnorm, die diesen Vorrang vorsieht oder sich auf mögliche künftige Bestimmungen in Bundesgesetzen oder in der Verfassung bezieht. Das würde den Anforderungen an die Genauigkeit von Vorbehalten wohl nicht genügen.²²⁴

Aus dem Wortlaut des Art. 57 Abs. 1 EMRK ergibt sich im Übrigen klar, dass Vorbehalte nicht in Bezug auf künftig zu schaffende Normen des Landesrechts angebracht werden können, sondern nur „soweit ein *zu dieser Zeit* in seinem Hoheitsgebiet geltendes Gesetz mit der betreffenden Bestimmung nicht übereinstimmt“ (Hervorhebung hinzugefügt).

Darüber, ob ein Vorbehalt zulässig ist oder nicht, entscheidet der Gerichtshof.²²⁵ Selbst wenn es also zur Situation käme, dass die Schweiz mit einem Vorbehalt wieder beitreten könnte, so müsste der Vorbehalt, sofern er entweder dazu diente, künftige Normen des Landesrechts der EMRK überzuordnen oder einen generellen Vorrang des Landesrecht oder einzelner Bestimmungen davon vor der EMRK festzuschreiben, für ungültig erklärt werden, sobald sich die Frage vor dem Gerichtshof erstmals stellt.

Ungeachtet der politischen Gründe, die gegen eine vorübergehende Kündigung der EMRK (und damit verbunden einen möglichen vorübergehenden Ausschluss aus dem Europarat) sprechen, lassen somit drei juristische Überlegungen ein solches Vorgehen als nicht zielführend erscheinen: (1) Das Vorgehen würde gegen Treu und Glauben verstossen, (2) der Vorbehalt könnte voraussichtlich nicht so formuliert werden, dass er den Anforderungen von Art. 57 Abs. 1 EMRK genügen würde, (3) und der Vorbehalt bliebe voraussichtlich ohne den intendierten Effekt, da der Gerichtshof ihn für ungültig erklären würde, weil er unter Verletzung von Treu und Glauben zu Stande kam, zu allgemein formuliert wäre und Sinn und Zweck der Konvention aushöhlen würde.

VI. FAZIT UND EMPFEHLUNGEN

Der ehemalige Präsident des Gerichtshofes, ROLV RYSSDAL, hob hervor, wie beschränkt die Durchsetzungsmechanismen des europäischen Systems zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten sind. Die Wirksamkeit der Konvention basiere auf einer Kombination aus verbind-

²²⁰ MEYER-LADEWIG 2011, Rz. 4 zu Art. 57 EMRK.

²²¹ EGMR *Slivenko gegen Lettland*, Nr. 48321/99, Urteil der Grossen Kammer vom 9. Oktober 2003, Ziff. 60.

²²² EGMR *Belilos gegen die Schweiz*, Nr. 10328/83, Urteil vom 29. April 1988, Ziff. 59.

²²³ EGMR *Eisenstecken gegen Österreich*, Nr. 29477/95, Urteil vom 3. Oktober 2000, Ziff. 29. Vgl. auch FROWEIN/PEUKERT 2009, Rz. 5 zu Art. 57.

²²⁴ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK 2009, S. 22.

²²⁵ EGMR *Belilos gegen die Schweiz*, Nr. 10328/83, Urteil vom 29. April 1988, Ziff. 50.

lichen staatlichen Verpflichtungen und dem traditionellen Prinzip von Treu und Glauben, dessen Respektierung von allen Unterzeichnerstaaten eingefordert werden muss.²²⁶

Es handelt sich also um ein Schutzsystem, das ganz ohne Zwangsmassnahmen auskommen muss und gemessen daran erstaunlich effektiv ist.

Das bedeutet aber auch, dass der Europarat es sehr ernst nehmen muss, wenn in der Schweiz und in einigen weiteren Mitgliedsstaaten (namentlich Russland, dem Vereinigten Königreich und den Niederlanden) ein politischer Entscheid mit dem Effekt, dass gewisse EGMR-Urteile künftig nicht mehr als verbindlich gelten können, zu einer ernsthaften Option geworden ist. Diese Entwicklung setzt nicht in erster Linie die handelnden Staaten der Gefahr von Nachteilen aus, sondern schafft eine Gefahr für die Verbindlichkeit der EGMR-Urteile und den Grundsatz von Treu und Glauben, auf denen das System beruht.

Zwar wurden in der Geschichte des Europarates einige ernsthafte Versuche unternommen, die Verbindlichkeit von EGMR-Urteilen zu relativieren. Kein Staat – mit der Ausnahme von Griechenland unter der Obristen-Diktatur – ging aber soweit, die Verbindlichkeit der EMRK nicht mehr anzuerkennen. Das würde die Schweiz zwar nicht allgemein, aber doch für jene Fälle tun, in welchen Bundesrecht die EMRK verletzt. Würde das Bundesgericht keinen Weg finden oder finden wollen, der EMRK in solchen Fällen dennoch zu Verbindlichkeit zu verhelfen, so müsste der Europarat angesichts des schweizerischen Systems, welches erlaubt, auf dem Weg der Volksinitiative jederzeit EMRK-widriges Bundesrecht zu schaffen, und im Lichte von Tendenzen zur Infragestellung der EMRK in wichtigen Mitgliedstaaten des Europarats darin eine ernste Bedrohung für die künftige Effektivität seines Systems zum Schutz der Menschenrechte erblicken.

Die Schweiz müsste sich daher auf entschiedene Reaktionen der Institutionen des Europarates, die mit der Durchsetzung von Entscheiden befasst sind, und zumindest eines Teils der übrigen Mitgliedsstaaten gefasst machen.

Um den Verlauf der Auseinandersetzung zwischen der Schweiz und dem Europarat abschätzen zu können, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich die Überwachung der Umsetzung von EGMR-Entscheiden in den letzten Jahren verändert hat. Nebst dem Ministerkomitee, das ursprünglich ausschliesslich zuständig war, hat zunehmend auch die Parlamentarische Versammlung Aufgaben im Monitoring der Umsetzung übernommen und Möglichkeiten entwickelt, Druck auf Mitgliedsstaaten auszuüben, die Urteile nicht oder verspätet umsetzen. Der Gerichtshof selber hat das Pilot-Urteils-Verfahren entwickelt, mit dem er auf systembedingte Mängel hinweisen und klare inhaltliche und zeitliche Vorgaben machen kann, wie diese behoben werden sollen. Durch das 14. ZP hat er die Möglichkeit erhalten, sich erneut mit Fällen zu befassen, in denen das Ministerkomitee davon ausgeht, dass vorangehende Urteile ungenügend umgesetzt worden sind (Art. 46 EMRK). Bei einer langfristigen Weigerung der Schweiz, die Rechtslage rückgängig zu machen, die eine Umsetzung von EGMR-Urteilen verunmöglicht, scheint es nur schwer vorstellbar, dass sie einer solchen sog. *infringement procedure* entgehen könnte, indem das Ministerkomitee den Gerichtshof erneut befasst.

Nebst diesen Institutionen können der Generalsekretär oder die Generalsekretärin und der Menschenrechtskommissar oder die Menschenrechtskommissarin sowie – mit dem Mittel der Staatenbeschwerde – die übrigen Mitgliedsstaaten ebenfalls Druck auf die Schweiz ausüben. Im Unterschied zur Überwachung der Umsetzung von Urteilen ist für diese Form von Druck nicht notwendig, dass bereits Urteile vorliegen, deren Umsetzung nicht möglich ist. Es genügt, dass eine

²²⁶ Zitiert bei JACOBS/OVEY/WHITE 2010, S. 61.

Rechtslage besteht, die es absehbar macht, dass die Schweiz ihren Verpflichtungen unter der EMRK in wichtigen Bereichen nicht nachkommen können.

Auch wenn es schwierig ist, den Verlauf der Eskalation in der Beziehung zum Europarat abzuschätzen, kann festgehalten werden, dass das Ministerkomitee, der Gerichtshof und die Parlamentarische Versammlung in der Modalität ihrer Überwachung der Umsetzung der Urteile die Möglichkeit ausgeschlossen haben, dass ein Konflikt einfach gärt oder mit der Zeit vergessen geht. Alle mit der Umsetzung von Urteilen befassten Institutionen schaffen einen kontinuierlichen und steigenden Druck auf die Vertragsstaaten, sicherzustellen, dass der EMRK nicht die Anwendung versagt bleibt.

Letztlich würde die Schweiz durch eine hartnäckige und andauernde Nichtumsetzung gewisser Kategorien von EGMR-Urteilen an sich die Voraussetzungen gemäss Art. 8 der Satzung des Europarates erfüllen, um ihr Vertretungsrecht zu sistieren, sie zum Austritt aus dem Europarat aufzufordern und sie zuletzt auszuschliessen. Derart drastische Massnahmen sind bisher noch nie ergriffen worden. Allerdings hat die Parlamentarische Versammlung dies vom Ministerkomitee schon eingefordert und selber in den folgenden vier Fällen Stimm- und Teilnahmerechte nationaler Delegationen in der Versammlung sistiert oder eingeschränkt: Griechenland (das darauf selber aus dem Europarat austrat) nach dem Militärputsch der Obristen, die Türkei nach dem Militärputsch von 1980, Russland wegen dessen Tschetschenien-Politik (2000-2001) und nun erneut Russland auf Grund seiner Annexion der Krim (2014). Eine Rückstufung des Rangs der EMRK in der Schweiz lässt sich bezüglich Ernsthaftigkeit mit solchen Fällen nicht vergleichen.

Die Wahrscheinlichkeit derartiger Massnahmen ist also nicht als besonders gross einzuschätzen. Das schliesst aber nicht aus, dass der Europarat mit Massnahmen unterhalb dieser Schwelle starken Druck auf die Schweiz ausüben würde. Darauf deuten etwa die stärkere Befassung der Parlamentarischen Versammlung mit der Umsetzung von Urteilen hin und ihre Bereitschaft, das Ministerkomitee zu weitgehenden Massnahmen gegen säumige Staaten anzuhalten. Insbesondere ist nicht davon auszugehen, dass die Schwere der Menschenrechtsverletzungen, die auf Grund einer Änderung der Rangordnung in der Schweiz entstehen würden, einen Einfluss darauf hätte, wie entschieden der Europarat Massnahmen gegen die Schweiz ergreifen würde. Darauf deutet etwa die recht grosse Bereitschaft zu einem Machtkampf in der Sache *Greens und M.T. gegen das Vereinigte Königreich* hin, in dem es nicht um eine besonders schwere Verletzung aber um eine EMRK-widrige Rechtslage ging. Entscheidend wäre, dass durch dieses Verhalten die Effektivität des Schutzsystems grundlegend in Frage gestellt scheint.

Würde die Schweiz im Landesrecht Bestimmungen aufnehmen, die es ihr verbieten würde, die EMRK in allen Teilen anzuwenden und alle Urteile des EGMRs umzusetzen, so hätte sie drei Optionen: Diese Rechtslage wieder rückgängig zu machen; eine Rechtsprechung im Landesrecht zu entwickeln, die es dennoch ermöglicht, die EMRK anzuwenden und EGMR-Urteile umzusetzen; oder aus dem Europarat auszutreten. Nicht zielführend ist insbesondere die Idee, die EMRK zu kündigen und ihr mit einem Vorbehalt erneut beizutreten. Sie müsste einerseits am Gebot von Treu und Glauben scheitern, andererseits an der Unmöglichkeit, einen Vorbehalt zur EMRK zu formulieren, der zwar die angestrebte Unverbindlichkeit der Konvention in einem bestimmten Bereich sichert, gleichzeitig aber den Anforderungen an die Bestimmtheit eines Vorbehaltes gem. Art. 57 Abs. 1 EMRK genügt.

Die Kündigung der Konvention durch die Schweiz würde den Konflikt mit dem Europarat nicht berechenbarer machen, sondern verschärfen und die Wahrscheinlichkeit deutlich erhöhen, dass die Schweiz aus dem Europarat ausgeschlossen wird.

Es erscheint daher empfehlenswert, von zwei einfachen Alternativen auszugehen: Entweder die Schweiz will Mitglied des Europarates bleiben, dann besteht kein Raum dafür, die Verbindlichkeit der EMRK ganz oder in Teilen zu relativieren. Oder die Schweiz will durch die EMRK oder Teile davon nicht mehr gebunden sein, dann besteht auch kein Raum für eine weitere Mitgliedschaft im Europarat. Jede mögliche Zwischenlösung hätte einen langwierigen und fruchtlosen Konflikt zur Folge, der sowohl das Ansehen und die Glaubwürdigkeit der Schweiz als auch die Schutzwirkung des Systems zum Schutz der Menschenrechte des Europarates in Mitleidenschaft ziehen würde. Der Verlauf dieses Machtkampfs kann zwar nur schwer abgeschätzt werden. Sein Resultat wird aber voraussichtlich die eine oder die andere der beiden dargestellten Alternativen sein: Volle Verbindlichkeit der EMRK oder vollständiges Ausscheiden aus dem Europarat.

Wenn ein Austritt aus dem Europarat nicht in Erwägung gezogen werden soll, dann ist die einzige kohärente Lösung für die Zukunft, Verständnis dafür zu schaffen, dass die EMRK auch den obersten Rechtssetzungsorganen Grenzen setzt.

QUELLENVERZEICHNIS

Literatur

- BENDA, ERNST: Die Bindungswirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: *Anwalts Blatt* 2005 10, S. 602–608.
- BESSON, SAMANTHA: The Reception Process in Ireland and the United Kingdom, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.): *A Europe of rights*: Oxford University Press 2008, S. 31–106.
- BREUER, MARTEN: Zur Fortentwicklung der Piloturteilstechnik durch den EGMR, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)* 2012 39, S. 1–10.
- CANDELA SORIANO, MERCEDES: The Reception Process in Spain and Italy, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.): *A Europe of rights*: Oxford University Press 2008, S. 393–450.
- CHRISTOFFERSEN, JONAS/RASK MADSEN, MIKAEL: The End of Virtue? Denmark and the Internationalisation of Human Rights, in: *Nordic Journal of International Law* 2011 80, S. 257–277.
- DE WET, ERIKA: The Reception Process in The Netherlands and Belgium, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.): *A Europe of rights*: Oxford University Press 2008, S. 229–309.
- DÖRR, OLIVER: Article 31, in: Oliver Dörr/Kirsten Schmalenbach (Hrsg.): *Vienna Convention on the Law of Treaties*: Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2012, S. 521–570.
- DRZEMCZEWSKI, ANDREW/GAUGHAN, JAMES: Implementing Strasbourg Court Judgements: the Parliamentary Dimension, in: Wolfgang Benedek/Florence Benoît-Rohmer/Wolfram Karl/Manfred Nowak/Matthias C. Kettemann (Hrsg.): *European yearbook on human rights* 2010: EAP, European Academic Press 2010, S. 233–244.
- EPINEY, ASTRID: Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht au der Sicht des Bundesgerichts. Anmerkungen zum BGE 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012, in: *Jusletter* 2013a (18. März 2013).
- EPINEY, ASTRID: Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: Eine politische oder eine rechtliche Frage? in: *Jusletter* 2013b (16. Dezember 2013).
- ESCHER, ELISABETH: Art. 122, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.): *Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG)*: Helbing & Lichtenhahn. 2. Aufl. 2011, S. 1594–1596.
- FROWEIN, JOCHEN ABR./PEUKERT WOLFGANG, *Europäische Menschenrechtskonvention*. 3. Aufl. Kehl am Rhein: N.P. Engel-Verlag 2009.
- GRABENWARTER, CHRISTOPH/PABEL, KATHARINA: *Europäische Menschenrechtskonvention*. 5. Aufl. München: Beck 2012.
- HARRIS, DAVID/O'BOYLE, MICHAEL/WARBRICK COLIN: *Law of the European Convention on Human Rights*. 2. Aufl. Oxford: Oxford University Press 2009.
- HELPER, LAURENCE: Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime, in: *The European Journal of International Law (EJIL)* 2008 19 (1), S. 125–159.
- HOBE, STEPHAN: *Einführung in das Völkerrecht*. 9. Aufl. Tübingen: A. Francke 2008.
- HOFMANN, MAHULENA/FAIX, MARTIN: Der Einfluss und die Stellung des Völkerrechts in den Verfassungssystemen einiger ost- und mitteleuropäischer Transformationsstaaten, in: *Potchefstroom Electronic Law Journal* 2008 (3), S. 1–49.

- HUNTLEY, SVETLANA: Konstantin Markin threw a military court into a dilemma. To side with the ECHR or to support the Constitutional Court of the Russian Federation. ECHR AND PROMOTION OF THE RULE OF LAW IN RUSSIA 2012. online verfügbar: <http://echrussia.blogspot.ch/2012/08/konstantin-markin-threw-military-court.html>, zuletzt geprüft am 29. April 2014.
- JACOBS, FRANCIS GEOFFREY/OVEY, CLARE/WHITE, ROBIN C.A: The European Convention on human rights. 5.Aufl. Oxford: Oxford Univ. Press 2010.
- KÄLIN, WALTER/EPINEY, ASTRID/CARONI, MARTINA/KÜNZLI, JÖRG: Völkerrecht. Eine Einführung. 3. Aufl. Bern: Stämpfli 2010.
- KREIS, GEORG: Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention. Abklärungen zum Beitritt und zu aktuellen Fragen der direkt-demokratischen Problematik, in: Bernhard Altermatt/Gilbert Casasus (Hrsg.): 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013: Rüegger 2013, S. 59–80.
- KRZYZANOVSKA-MIERZWESKA, MAGDA: The Reception Process in Poland and Slovakia, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.): A Europe of rights: Oxford University Press 2008, S. 531–602.
- KÜNZLI, JÖRG: Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)* 2009 128 (I), S. 47–75.
- LAMBERT ABDELGAWAD, ELISABETH: The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* 2009 69, S. 471–506.
- LAMBERT ABDELGAWAD, ELISABETH/WEBER, ANNE: The Reception Process in France and Germany, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.): A Europe of rights: Oxford University Press 2008, S. 107–164.
- LEACH, PHILIP: Resolving Systemic Human Rights Violations. Assessing the European Court's of Human Rights Pilot Judgment Procedure, in: Samantha Besson/Eleonore Kleber Gallego (Hrsg.): La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14: Universitas Friburgensis; Schulthess 2011, S. 223–241.
- LUCAS, EDWARD: With Europeans like these... Why was a motion to refer Russia to the Council of Europe's decision-making body scotched? EUROPEAN VOICE 2012. online verfügbar: <http://www.europeanvoice.com/article/imported/with-europeans-like-these-/75364.aspx>, zuletzt geprüft am 29. April 2014.
- MELZER, OLAF: Der Europarat und Russland 1992-2006. Demokratieförderung in Russland. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden; Imprint: Springer VS 2012.
- MEYER-LADEWIG, JENS: Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar. 3. Aufl. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges. 2011.
- MIHR, ANJA: Menschenrechte: Die Niederlande setzen ihre Glaubwürdigkeit aufs Spiel. VERFASSUNGSBLOG 2011. online verfügbar: <http://www.verfassungsblog.de/de/menschenrechte-die-niederlande-setzen-ihre-glaubwuerdigkeit-aufs-spiel/#.U0Kpb6JnPLI>, zuletzt geprüft am 29. April 2014.
- MILLER, VAUGHNE: Is adherence to the European Convention on Human Rights a condition of European Union membership? Library of the House of Commons, SN/IA/6577, 2014.
- MYJER, EGBERT: The Success Story of the European Court. The Times they are a-changin'? in: *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2012 30 (3), S. 264–271.

- NEUHAUS, RUPERT KLAUS: Das Rechtsmissbrauchsverbot im heutigen Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung und Anwendbarkeit eines Begriffes. Berlin: Duncker & Humblot 1984.
- NUSSBERGER, ANGELIKA: The Reception Process in Russia and Ukraine, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.): *A Europe of rights*: Oxford University Press 2008, S. 603–674.
- ÖZDAN KABOGLU, IBRAHIM/KOUTNATZIS, STYLIANOS-IOANNIS G.: The Reception Process in Greece and Turkey, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.): *A Europe of rights*: Oxford University Press 2008, S. 451–529.
- PINTO-DUSCHINSKY, MICHAEL/GIBBS, BLAIR: Bringing rights back home. Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK. London: Policy Exchange 2011.
- RYCROFT, THEO: The Rationality of the Conservative Party's Proposal for a British Bill of Rights, in: *UCL Human Rights Review* 2008, S. 53–77.
- SMETS, CHRISTOPH: Kooperation oder Unterwerfung? Das Parlament, der Supreme Court und der Human Rights Act 1998, in: Institut für öffentliches Recht/Anja Eugster/Irene Grohsmann et.al. (Hrsg.): *Das letzte Wort – Rechtsetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie*: Nomos 2014, S. 161–182.
- STEWART, SUSAN: Russland und der Europarat. online verfügbar: http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/2013_S10_stw.pdf; zuletzt geprüft am 29. April 2014.
- TURNHERR, DANIELA: The Reception Process in Austria and Switzerland, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.): *A Europe of rights*: Oxford University Press 2008, S. 313–399.
- VAN DIJK, P./ARAI, YUTAKA: Theory and practice of the European Convention on Human Rights. 4. Aufl. Antwerpen, Holmes Beach; Gaunt Inc. 2006.
- VERDROSS, ALFRED: Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot 2010.
- VILLIGER, MARK EUGEN: Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2009.
- VOCK, DOMINIK: Art. 122, in: Karl Spühler/Heinz Aemisegger/Annette Dolge/Dominik Vock (Hrsg.): Bundesgerichtsgesetz (BGG): Dike. 2. Aufl. 2013.
- WIKLUND, OLA: The Reception Process in Sweden and Norway, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.): *A Europe of rights*: Oxford University Press 2008, S. 165–228.
- WILDHABER, LUZIUS: Bemerkungen zum Vortrag von BVerG-Präsident Prof. Dr. H.-J. Papier auf dem Europäischen Juristentag 2005 in Genf. in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)* 2005, S. 743–744.

Material

- CENTRE VIRTUEL DE LA CONNAISSANCE SUR L'EUROPE (CVCE): Austritt, Ausschluss und vorläufiger Entzug der Mitgliedschaft im Europarat 2012. online verfügbar: http://www.cvce.eu/obj/austritt_ausschluss_und_vorlaufiger_entzug_der_mitgliedschaft_im_europarat-de-f9b31f98-f1a1-407c-97ad-7e92363117fd.html, zuletzt geprüft am 29. April 2014.
- COUNCIL OF EUROPE: Supervision of the execution of judgements and decisions of the European Court of Human Rights. 7th annual Report of the Committee of Ministers 2013. Strassburg 2014. online verfügbar: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Publications/CM_annreport2013_en.pdf

COUNCIL OF EUROPE: Supervision of the execution of judgements and decisions of the European Court of Human Rights. 6th annual Report of the Committee of Ministers 2012. Strassburg 2013. online verfügbar:
http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Publications/CM_annreport2012_en.pdf, zuletzt geprüft am 29. April 2014.

DIRECTORATE GENERAL OF HUMAN RIGHTS AND LEGAL AFFAIRS OF THE COUNCIL OF EUROPE: Practical Impact of the Council of Europe monitoring mechanisms in improving respect for human rights and the rule of law in member states 2010 (H/inf (2010) 7). online verfügbar:
http://www.coe.int/t/dg4/education/minlang/Publications/ImpactBrochure_en.pdf, zuletzt geprüft am 29. April 2014.

EUROPÄISCHER GERICHTSHOF FÜR MENSCHENRECHTE: Factsheet – Pilot judgments. Strassburg 2013. online verfügbar:
http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf, zuletzt geprüft am 29. April 2014.

SCHWEIZERISCHE VOLKSPARTEI, Parteiprogramm 2011-2015, online verfügbar:
http://www.svp.ch/de/assets/File/positionen/parteiprogramm/svp_parteiprogramm_d.pdf, zuletzt geprüft am 29. April 2014.